



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

국제형사재판소의
재판전공소사실확인절차

2017년 8월

서울대학교 대학원
법학과 국제법 전공
강 성 영

법학석사 학위논문

국제형사재판소의
재판전공소사실확인절차

2017년 8월

서울대학교 대학원
법학과 국제법 전공
강 성 영

국제형사재판소의 재판전공소사실확인절차

(The Confirmation of Charges Hearing
at the International Criminal Court)

지도교수 이 근 관

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함
2017년 4월

서울대학교 대학원
법학과 국제법 전공
강 성 영

강성영의 석사 학위논문을 인준함
2017년 6월

위 원 장 정 인 섭 (인)

부위원장 이 재 민 (인)

위 원 이 근 관 (인)

초 록

최초의 상설 국제형사재판소로서 설립 당시부터 국제사회의 많은 기대를 받았던 ICC는 오늘날 당초 예상과 달리 범죄자에 대한 사법정의의 실현과 책임 규명이 신속하고 효과적으로 이루어지지 못한다는 비난에 직면해 있다. 각국의 정치적 이해관계의 대립, 법체제와 제도의 차이, 국경의 장애 등으로 인해 범죄자 체포와 범죄 수사에 대한 적극적인 협조가 이루어지지 않는 현실이 주된 원인이겠으나, ICC 재판절차 자체에 내재된 한계도 결코 간과할 수 없는 원인 중 하나이다. 그중에서도 공판전절차인 재판전공소사실확인절차(the Confirmation of Charges Hearing)의 더디고 비효율적인 운영이 전체 재판절차의 지연을 야기한다는 지적은 줄곧 제기되어 왔다.

재판전공소사실확인절차는 여타의 국제형사법원이나 국내 법제에서는 그 유례를 찾아볼 수 없는 ICC 고유의 제도이다. 위 절차에서는 공판절차에 들어가기 앞서 전심재판부가 검사와 피의자의 출석하에 피의자가 범죄를 범하였다고 믿을 만한 상당한 근거를 형성하는 충분한 증거가 있는지 여부를 판단하여 사건을 공판절차에 회부할지 여부를 결정한다. 여기서 가장 큰 특징은 피의자에게 재판관 앞에서 공소사실을 부인하고 자신에게 유리한 증거를 제출하며 불리한 검사 측 증거에 대한 이의를 제기할 권리를 인정하고 있는 점이다. ICTY, ICTR의 공소장 인가절차를 비롯한 종래 국제형사법원의 공판전절차에서는 피의자에게 절차 참여권을 인정하지 않고 검사가 제출한 공소장과 유죄입증자료에만 기초하여 공소제기의 타당성 여부를 심리하였다. 그래서 실제 재판에서 공소장이 기각되는 예는 거의 찾아보기 어려웠다. 그러나 ICC의 재판전공소사실확인절차에서는 피의자에게 출석권을 비롯하여 공소사실부인권, 증거제출

권, 증거이의권을 인정하고 공판준비를 위한 증거개시절차, 피해자 절차 참가 등을 진행함으로써 피의자의 방어권을 보장하고 있다. 공소사실 확인을 위한 입증기준도 '피의자가 죄를 범하였다고 믿을 만한 상당한 근거'와 '이를 뒷받침하는 충분한 증거'가 있을 것을 요건으로 규정함으로써 종래 국제형사법원의 공소장 심사기준인 '*prima facie* case에 해당하는지 여부'보다 그 기준을 훨씬 강화하였다.

이러한 차이는 재판소의 창설 배경과 관할권의 범위에서 기인한다. ICC 외 다른 국제형사법원은 모두 한시적인 성격의 재판소로서 관할권의 범위가 시간적·장소적으로 대단히 제한되어 있었다. 따라서 구태여 검사의 공소권 행사를 감독·통제할 필요가 없었다. 이에 비해 상설 국제형사재판소로서 관할권의 범위가 훨씬 넓고 나아가 검사에게 독자적인 수사권과 공소권까지 인정하고 있는 ICC의 경우에는 검사의 권한 행사에 대한 사법적인 감독·통제가 필요했다. 나아가 국내 형사사건에 비해 오랜 시간이 소요되는 국제범죄의 재판에 피의자가 충분한 범죄혐의 없이 기소되지 않도록 하고, 공판절차가 개시되기 전에 관할권, 보충성, 재판적격성 기타 절차적 문제에 대한 다툼을 해결하여 공판절차를 신속하고 효율적으로 진행함으로써 재판에 소요될 막대한 시간과 비용을 절감할 수 있을 것이라는 기대도 있었다.

그러나 지금까지의 운영 실태를 살펴보면, 과연 재판전공소사실확인절차가 위와 같은 당초의 요구를 제대로 충족시키고 있는지 의문이다. 재판전공소사실확인절차에서의 심리가 지나치게 지연되어 공소사실에 대한 소명이 부족한 피의자를 재판절차에서 조기에 해방시켜주지 못하고 있을 뿐더러, 재판전공소사실확인절차와 공판절차가 서로 분리되어 마치 별개의 절차처럼 운영됨에 따라 심리는 중복되고 공판절차의 준비도 충분히 이뤄지지 않고 있기 때문이다. 전체 재판절차의 신속과 효율을 위

해 도입된 재판전공소사실확인절차에서 오히려 불필요한 시간과 비용, 인력을 소모하고 있는 것이다.

이러한 문제를 개선하기 위해 전심재판부는 당초 기대되었던 ‘문지기(gatekeeper)’로서의 감독적 역할에서 한걸음 더 나아가 실체진실의 발견자로서의 능동적인 역할을 강조하면서 재판전공소사실확인절차를 적극적으로 주도하고 심리에 깊이 관여하는 방안을 택하였다. 그럼에도 심리의 장기화와 비효율 문제는 쉽게 해결되지 않고 있다. 전심재판부의 위와 같은 직권주의적 심리방식으로는 재판전공소사실확인절차의 진행속도와 효율성을 높이기 어렵다는 사실이 점점 더 분명해지고 있는 것이다.

이에 본 논문에서는 재판전공소사실확인절차가 가지고 있는 운영상 문제점을 극복하기 위해 전심재판부의 심리범위를 지금보다 훨씬 축소하고 절차를 간이화하여 검사의 공소제기가 완전히 부당한 것이 아니라면 신속하게 공판절차로 회부하는 것에 중점을 둘 것을 제안하였다. 구체적으로는 구두심리 대신 서면심리 방식을 적극적으로 활용하고, 개별적인 절차 진행에 있어 심리기한이나 제출기한을 세부적으로 규정하여 전체 심리기한을 단축시킬 것, 증거개시절차의 운용이나 전심재판부의 증거가치 판단 범위를 대폭 제한하고, 공소사실 수정을 위한 심리연기결정의 예외규정을 신설할 것 등을 개선방안으로 제시하였다. 이와 같이 재판전공소사실확인 절차 본연의 취지에 맞게 절차를 운영함으로써 피의자의 인권을 충실히 보호하고 공판절차 준비의 실효성도 확보할 수 있을 것으로 기대된다.

주요어 : 국제형사재판소, 재판전공소사실확인절차, 전심재판, 공소권 통제, 국제형사재판의 신속과 효율

학 번 : 2012-23419

- 목 차 -

제1장 서론	1
제1절 연구의 배경과 목적	1
제2절 연구의 방법과 구성	6
 제2장 국내법원의 공소제기절차에 대한 비교법적 검토	10
I. 직권주의 소송구조와 당사자주의 소송구조의 공판전절차 개관	11
1. 직권주의 소송구조하에서의 공판전절차	12
2. 당사자주의 소송구조하에서의 공판전절차	13
II. 프랑스의 예심(<i>L'instruction préparatoire</i>)	15
1. 절차의 개관	15
2. 운영현황	19
III. 독일의 중간절차(<i>Zwischenverfahren</i>)와 예심(<i>Voruntersuchung</i>)	21
1. 중간절차(<i>Zwischenverfahren</i>)의 내용	21
2. 예심(<i>Voruntersuchung</i>)의 폐지 배경	24
IV. 미국의 예비심문(Preliminary Hearing)과 대배심(Grand Jury)	25
1. 예비심문(Preliminary Hearing)	26
2. 대배심(Grand Jury)	29
3. 대배심의 운영현황	30
 제3장 ICC 재판전공소사실확인절차의 도입 배경	33
제1절 종래 국제형사법원의 공소권 통제 제도	33

I. IMTN, IMTFE의 공소장 인가절차	34
II. ICTY, ICTR의 공소장 인가절차	36
1. ICTY, ICTR의 관할권 및 검사의 넓은 재량권	36
2. ICTY, ICTR의 공소장 인가절차의 내용	39
3. ICTY 절차및증거규칙의 개정	43
제2절 ICC 재판전공소사실확인절차의 도입 과정	45
I. 1993년 ILC 초안	47
II. 1994년 ILC 초안	48
III. 1995년 ICC 임시위원회	51
IV. 1996년 ICC 설립준비위원회	52
V. ICC 설립에 관한 유엔 전권외교회의	56
VI. 전심재판부의 창설과 재판전공소사실확인절차의 채택	59

제4장 ICC의 재판전공소사실확인절차 63

제1절 제도적 의의	63
I. 검사의 공소권 행사에 대한 견제	63
II. 피의자의 권리 보호	64
III. 공판절차의 준비	66
제2절 심리구조	70
I. 재판전공소사실확인절차의 시간적 위치 및 절차 대상자의 호칭	70
II. 공소사실확인 심리기일 전 단계	72
1. 심리기일의 지정	72
2. 공소사실을 기재한 문서(Document Containing the Charges) 제출	73

3. 증거개시절차(Disclosure Procedure)	75
III. 심리기일의 진행	82
1. 소송관계인의 출석	82
2. 공소사실확인 심리기일의 운영 방식	83
3. 소송관계인의 권한	84
4. 증거조사	87
제3절 전심재판부의 결정	91
I. 공소사실 확인을 위한 입증기준	91
1. 믿을 만한 상당한 근거(substantial grounds to believe)를 뒷받 침하는 충분한 증거(sufficient evidence)	91
2. 다른 절차와의 비교	93
II. 결정 방식	99
1. 공소사실확인결정	99
2. 공소사실확인거절결정	102
3. 심리연기결정	103

제5장 재판전공소사실확인절차 운영상 문제점과 개선방 안

제1절 운영실태 및 문제점	108
I. 운영실태	108
1. 심리의 장기화	109
2. 심리의 비효율	115
II. 직권주의적 심리방식의 문제점	118
1. 전심재판부에 대한 전면적인 증거 전달	120

2. 검사에 대한 심리 전 수사완결의무 부과	123
3. 전심재판부 직권(<i>proprio motu</i>)에 의한 공소사실의 법적 구성 변경	127
4. 방대하고 불필요한 결정이유 작성	131
제2절 재판전공소사실확인절차의 개선방안	137
I. 종전의 개선 논의	137
1. 사후평가 실무그룹(Working Group on Lessons Learnt)	137
2. 재판실무제요의 제정	139
3. 검찰의 전략계획(Strategic Plan)	143
II. 개선방안	145
1. 심리범위의 축소 및 절차의 간이화	145
2. 서면심리 방식의 적극적 활용	150
3. 전체 심리기간의 단축	153
4. 증거개시절차의 제한적 운용	160
5. 유연하고 제한된 범위 내에서의 증거가치 판단	162
6. 공소사실 수정을 위한 심리연기의 예외규정 신설	166
 제6장 결론	 171
 참고문헌	 176
 Abstract	 217
 【표 1】 ICTY, ICTR과 ICC의 공판전절차의 시간적 순서	 42
【표 2】 ICTY, ICTR 공소장 인가절차와 ICC의 각 재판단계에서의 각	

입증기준	94
【표 3】 재판전공소사실확인절차의 심리기간	114
【표 4】 검찰의 2003년 - 2015년 사후평가 결과	145
【부록 1】 ICC 재판전공소사실확인절차에 관한 규정 연혁	199
【부록 2】 ICC 재판전공소사실확인절차의 진행 경과	212

제1장 서론

제1절 연구의 배경과 목적

제2차 세계대전 후 뉘른베르크 국제군사재판소(the International Military Tribunal of Nürnberg, 이하 'IMTN'이라 한다)와 극동 국제군사재판소(the International Military Tribunal of the Far East, 이하 'IMTFE'라 한다)가 출범한 이래 구 유고슬라비아 국제형사재판소(the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, 이하 'ICTY'라 한다),¹⁾ 르완다 국제형사재판소(the International Criminal Tribunal for Rwanda, 이하 'ICTR'이라 한다)²⁾ 등 임시재판소(*ad hoc* tribunals)와 시에라리온 특별재판소(the Special Court for Sierra Leone, 이하 'SCSL'이라 한다),³⁾ 레바논 특별재판소(the Special Court for Lebanon, 이하 'STL'이라 한다),⁴⁾ 캄보디아 특별재판부(the Extraordinary Chambers in

1) 정식 영문 명칭은 'International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia Since 1991'으로, 1993. 5. 25. 설립되어[UN Doc. S/RES/808 (22 February 1993)] 2017. 12. 31. 폐쇄될 예정이다.

2) 정식 영문 명칭은 'International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwanda Citizens responsible for genocide and other such violations committed in the territory of neighbouring States, between 1 January 1994 and 31 December 1994'로, 1994. 11. 8. 설립되어[UN Doc. S/RES/955 (8 November 1994)] 2015. 12. 31. 공식 폐쇄되었다.

3) 2002. 1. 16. 설립되어[UN Doc. S/RES/1315 (14 August 2000)] 2013. 12. 2. 공식 폐쇄되었다.

4) 2009. 3. 1. 설립되어[UN Doc. S/RES/1757 (30 May 2007)] 현재 활동 중에 있다.

the Courts of Cambodia, 이하 'ECCC'라 한다)⁵⁾ 등 혼합재판소(hybrid tribunal)가 설립되면서 국제형사재판은 괄목할 발전을 이루었다. 그 중에서도 집단살해죄, 인도에 반한 죄, 전쟁범죄, 침략범죄 등 국제 중대범죄를 처벌하고자 하는 국제 공동체의 의지에 따라 1998. 7. 17. 이탈리아 로마에서 120개국의 찬성으로 채택된 「국제형사재판소에 관한 로마규정(Rome Statute of the International Criminal Court, 이하 '로마규정'이라 한다)」을 근거로 창설된 국제형사재판소(the International Criminal Court, 이하 'ICC'라 한다)는 중대한 국제범죄를 범한 개인의 행위를 재판한다는 원칙을 확립하고 이를 실행하기 위한 조직과 절차를 구비한 상설 국제형사재판소로서 국제법 역사상 획기적인 의미를 갖고 있다.⁶⁾ ICC는 2003년 공식 출범한 이래 총 10개의 사태에 대한 수사 및 재판 중에 있다.⁷⁾ 지금까지 ICC에 회부된 피고인들 중 일부는 유죄판결을 선고받아 현재 형 집행 중이고 다른 일부는 이미 형 집행이 종료되기도 하는 등⁸⁾ 국제 형사사법 정의의 실현을 위한 노력은 계속되고 있다.

5) 정식 영문 명칭은 'Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea'로, 2006. 7.경 공식 출범하여[UN Doc. A/RES/57/228 (18 December 2002)] 현재 활동 중에 있다. STL과 ECCC는 2012.경 폐쇄될 예정이었으나 그 기한이 연장되고 있다.

6) 김영석, 국제형사재판소법강의 (법문사, 2014), p.7.

7) 현재 우간다, 콩고민주공화국, 수단 다푸르, 중앙아프리카공화국(I, II), 케냐, 리비아, 코트디부아르, 말리, 조지아 사태가 ICC 계류 중이다. 중앙아프리카공화국 사태는 2004. 12. ICC에 회부되어 2007. 5. 수사가 개시되었고(I), 이후 2014. 9. 24.에는 2012년 이후 발생한 범죄에 대한 수사가 다시 개시되어 2014. 5. 30. ICC에 두 번째로 회부되었다(II); <https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx> (2017. 6. 15. 최종 방문). 한편, 현재 아프가니스탄, 부룬디, 콜롬비아, 가봉, 기니, 이라크, 나이지리아, 코모로 및 그리스, 캄보디아 연합 선적, 우크라이나 사태에 대해서는 예비조사(preliminary examination) 중이다; <<https://www.icc-cpi.int/Pages/Preliminary-Examinations.aspx>> (2017. 6. 15. 최종 방문).

8) ICC 1심재판부는 2012. 3. 14. Thomas Lubanga Dyilo(이하 'Lubanga'라 한다)에 대하여 15세 미만 소년병 징집·모병 및 적대행위 참여 등 혐의로 유죄판결을 내렸고, 2012. 7. 10. 징역 14년을 선고하여 현재 Lubanga는 콩고민주공화국 내 구금시설에서 복역하고 있다; *Prosecutor v. Lubanga*, "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", ICC-01/04-01/06-2842, 14 March 2012, Trial Chamber I; "Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute", ICC-01/04-01/06-2901, 10 July 2012, Trial

ICC의 형사재판절차는 수사(investigation), 재판전공소사실확인절차(the Confirmation of Charges Hearing), 1심재판(trial), 상소심(appeal) 절차로 나눌 수 있고, 보통 수사절차와 재판전공소사실확인절차를 합하여 '공판전절차(pre-trial)', 1심재판과 상소심을 합하여 '공판절차'라 부른다. 수사와 1심재판 사이에 위치한 재판전공소사실확인절차는 피고인의 유무죄에 관한 실체 판단에 앞서 전심재판부가 검사⁹⁾와 피의자의 출석 하에 피의자가 기소대상인 범죄를 범하였다고 믿을 만한 상당한 근거를 형성하는 충분한 증거가 있는지 여부를 판단하는 절차이다(로마규정 제 61조). ICC 외 국제형사법원이나 국내 법제에도 재판관이 본안 심리에 앞서 공소장을 심사하는 절차는 있지만, ICC의 재판전공소사실확인절차와 같이 당사자주의적 소송구조에 입각한 공판전절차는 유례가 없다. 이러한 탓에 재판전공소사실확인절차는 ICC만의 특유한 제도이자, '재판부의 검사에 대한 사법적 통제가 강화된(increased judicial control by the judiciary over the Prosecutor)' 제도¹⁰⁾로 평가되고 있다.

Chamber I. 또한 2014. 3. 7.에는 German Katanga(이하 'Katanga'라 한다)에 대하여 살해, 민간인 공격 등 인도에 반한 죄와 전쟁범죄 등 혐의로 유죄판결을 내렸고, 2014. 5. 23. 징역 12년을 선고하여 Katanga 역시 콩고민주공화국 내 구금시설에서 복역하였으며, 2016. 1. 18. 형 집행이 종료되었다; *Prosecutor v. Katanga et al.*, "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", ICC-01/04-01/07-3436, 7 March 2014, Trial Chamber II; "Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute", ICC-01/04-01/07-3484, 23 May 2014, Trial Chamber II.

- 9) 외교부의 로마규정 국문번역문에서는 the Office of Prosecutor를 '소추부', 그 장(長)인 Prosecutor를 '검사가'이라고 번역한다. 그러나 the Office of the Prosecutor가 대륙법계의 검찰 제도와 유사하게 수사와 소추 업무를 모두 담당하고 있음에도 '소추부'라고 번역하는 것은 위 기관이 단순히 소추 업무만을 담당한다는 의미로 비취질 수 있어 지나치게 협소한 해석이라고 보인다; 이태엽, "국제형사재판에 있어 재판의 공정성에 관한 연구", 법조, vol.56, no.1 (2007), p.341; 이윤제, "국제형사재판소의 재판전공소사실확인 제도", 아주법학, vol.6, no.2 (2012), p.435. 따라서 본 논문에서는 the Office of the Prosecutor를 '검찰', Prosecutor를 '검사'라 칭하기로 한다.
- 10) K. Shihabara & W. A. Schabas, "Article 61: Confirmation of the Charges before Trial" in O. Triffterer(ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article-by-Article*, 2nd ed. (C.H. Beck/Hart/Nomos, 2008), p.1172.

재판전공소사실확인절차의 가장 중요한 목적은 공판절차에 회부할 실질적 가치가 없는 사건을 미리 걸러냄으로써 검사의 부당한 공소권 행사를 견제·감시하고, 범죄혐의가 없는 피의자를 가급적 조기에 재판절차에서 해방시켜 피의자의 권리를 보호함과 동시에 ICC 재판절차에 소요되는 전체적인 비용과 시간, 인력을 절감하는 데 있다. 더불어 재판의 소송물과 소송관계인의 주장을 정리하고 증거개시절차, 피해자 절차참가를 진행하는 등 본안 심리를 준비함으로써 재판이 신속하고 효율적으로 진행되도록 한다. 국내형사재판과 마찬가지로 국제형사재판에서도 피고인의 유죄를 입증할 책임은 검사에게 있다. 그러나 일단 기소가 이루어지면 증거수집능력이나 법률 지식 면에서 검사보다 열세에 놓여 있는 피의자는 수세적인 입장에서 방어에 임할 수밖에 없다. 특히 복잡한 사건 내용과 광범위한 범죄 장소, 다수의 피해자 등으로 인해 증거 분량이 방대한 국제범죄의 특성상 재판이 장기화되고 또 그 기간 동안 피의자가 장기간 구금되어 있을 가능성이 대단히 높다. 따라서 재판전공소사실확인 절차를 통해 검사가 범죄혐의의 충분한 근거가 있는 사건만 기소하도록 재판부가 감독함으로써 피의자가 부당하게 공판절차에 회부되지 않도록 하고, 설령 공판절차가 개시되더라도 재판이 신속히 마무리될 수 있도록 심리 준비를 미리 다하자는 취지이다.

그러나 실제 재판전공소사실확인제도를 운영함에 있어서는 위와 같은 제도 본연의 목적과 취지를 살리기는 쉽지 않다. 로마규정 초안자들은 종전 국제형사법원이나 국내법원에서 형식적으로 운영되어 온 공소장 심사 장치의 한계를 극복하기 위해 독립된 재판부를 설치하고 공판절차와 구별되는 별도의 심리절차를 통해 사건의 공판절차 개시 여부를 결정하도록 하였다. 따라서 위 절차에서의 심리를 형식적이고 피상적으로 진행하는 것은 위 절차의 도입 취지에 반한다. 그런데 그렇다고 하여 공소

사실 확인 여부에 대해 지나치게 심리를 집중하는 것은 전체 재판절차의 지연을 야기할 뿐만 아니라, 전심재판부의 결정이 1심재판부에게 유죄의 심증을 주어 공판절차에서의 심리를 형해화하고 판결 확정 전까지 무죄 추정을 받을 피의자의 권리를 침해하는 등 본래의 목적과는 정반대의 결과를 낳을 우려가 대단히 크다.

최근 들어 ICC는 십년이 넘는 활동기간 동안 그 성과가 다른 국제 형사법원에 비해 미미하다는 지적을 많이 받는다.¹¹⁾ 그 원인에는 여러 가지가 있겠으나 자주 지적되는 문제점이 재판의 장기화 현상이다. 재판전 공소사실확인절차의 운영 현황을 살펴보다라도 위 문제가 확연하게 드러난다. 우선 피의자의 최초출석(initial appearance) 후 재판전공소사실확인 절차를 거쳐 실제로 1심재판이 개시되기까지 일반적으로 2년 혹은 그 이상이 소요된다.¹²⁾ 1심재판기간과 이후 상소심이 진행될 수 있다는 점까지 고려하면, 피고인의 부당한 지체 없이 재판을 받을 권리(로마규정 제67조 제1항 (c))는 사실상 퇴색된 것이 ICC의 현실이다. 그러나 재판전공소사실확인절차 본연의 취지를 살려 수사절차와 공판절차 사이에서 가교적 역할을 제대로 수행할 수 있도록 절차를 운영한다면, 오히려 위 절차를 통해 재판의 소요기간을 단축시키고 효율적이고 집중적인 공판심리를 가능케 하는 결정적인 계기를 마련할 수 있을 것으로 기대된다.

종래 국내 학계에서는 ICC의 관할권과 재판적격성, 관할범죄, 로마 규정의 국내적 수용과 이행에 관한 연구가 주를 이루었고, ICC의 절차 운영 측면, 그 중에서도 재판전공소사실확인절차에 관한 연구는 거의 이루어지지 않았다.¹³⁾ 기존의 재판전공소사실확인절차에 관한 연구도 로마

11) 장석영, 조정현, "국제형사법원의 변화 추세와 전망", *경희법학*, vol.50, no.3 (2015), p.214.

12) **【부록 2】** ICC 재판전공소사실확인절차의 진행 경과 참조.

13) 재판전공소사실확인절차를 다룬 논문으로는 백기봉, "국제형사재판소(ICC)의 공소사실확인(Confirmation)제도의 이해", 「국제형사재판의 현황과 전망」, 한양대학교 BK21 국제소송법 제 및 국제중재법제 연구사업팀 2009년도 학술세미나 자료집 (2009), 이윤제, *supra* note 9

규정의 개별 규정을 중심으로 한 개괄적인 소개에 그쳤고, 재판전공소사실확인절차의 도입배경과 구체적인 심리방식, 전심재판부의 결정 경향, 운영상 문제점 등에 관하여 포괄적으로 검토한 연구는 없었다. 그런데 재판전공소사실확인절차는 다른 국제형사법원에서는 물론 국내 법제에서도 유례를 찾을 수 없는 매우 특이한 제도인바, 비교법적 관점에서도 연구의 필요성이 크다. 뿐만 아니라 로마회의에서의 논의과정을 면밀히 살펴봄으로써 제도 본연의 목적과 역할을 제대로 이해한 후 오늘날 재판전공소사실확인절차가 그에 상응하게 운영되고 있는지, 그리고 절차 자체적인 한계와 운영상의 문제점은 무엇인지를 파악한다면, ICC가 지금 직면한 재판 장기화 현상의 해결은 물론 향후 창설될 새로운 국제형사법원의 절차 구상에 있어서도 중요한 시사점을 줄 수 있을 것이다. 이에 본 논문에서는 재판전공소사실확인절차의 도입 배경과 절차 내용, 구체적인 운영 방식에 관하여 로마규정과 ICC 결정을 중심으로 살펴보고, 이를 바탕으로 실무 운영상의 개선점과 관련 규정의 개정 방향에 대하여 제안하고자 한다.

제2절 연구의 방법과 구성

본 논문에서는 ICC의 공판전절차 중에서도 재판전공소사실확인절차의 내용, 실제 운영상의 문제점과 그 개선방안에 대해 검토하였다. 전심재판부가 관장하는 공판전절차에는 수사절차도 포함되어 있으나, 본 논문에서는 검사의 DCC 제출 이후부터 공판절차가 개시되기 전까지의

등이 있다.

시간적 범위에 국한하여 살펴보았다. 공판절차에 대해서도 재판전공소사실확인절차와 관련성이 있는 한도에서 논의하였다. 또한 재판전공소사실확인절차의 절차법 측면에 중점을 두어 살펴보았고, 실체법적 법리에 관한 내용이나 이에 관한 전심재판부의 결정은 논의에서 제외한다.

연구의 방법은 문헌 조사에 입각하였고, 단행본과 논문, ICC 결정의 분석을 중심으로 하였다. 그리고 필요한 경우 로마규정과 절차및증거규칙 등 하부 규범, 관련 국제형사법원의 판례, UN 문서 등도 참조하였다. 각 논의의 장마다 가급적 ICC의 실무와 결정례를 많이 반영하고자 노력하였다.

이를 바탕으로 제2장에서는 ICC의 재판전공소사실확인절차에 대한 본격적인 논의에 앞서 국내법원의 공소제기절차에 대하여 비교법적으로 검토하였다. ICC를 비롯한 국제형사법원에는 대륙법계 직권주의적 요소와 영미법계 당사자주의적 요소가 혼재되어 있다. 본 논문에서 ICC 재판전공소사실확인절차가 직권주의인지 당사자주의인지에 대한 논쟁이나 어느 특정 소송구조를 따라야 한다는 식의 논의는 위 절차의 발전방향을 모색함에 있어 그 실익이 적다고 보아 이를 지양하였으나, 그럼에도 불구하고 국내법제의 소송구조와 이를 대표하는 주요 국가들의 공소제기절차에 대한 기본적인 이해가 뒷받침되어야만 이러한 모델을 참고하여 채택된 ICC 재판전공소사실확인절차의 목적과 성격에 대해 제대로 파악할 수 있다. 따라서 제2장에서는 직권주의와 당사자주의로 구별되는 사법체제의 차이에 따라 공소제기절차가 어떻게 달라지는지 살펴보고, ICC 재판전공소사실확인절차와 비교검토할 수 있는 프랑스의 예심, 독일의 중간절차, 미국의 예비심문 및 대배심 제도의 내용과 그 운영현황에 대하여 살펴보았다.

제3장에서는 ICC의 재판전공소사실확인절차의 도입 배경에 대해

살펴보았다. 우선 ICC 외 다른 국제형사법원의 공소권 통제 제도와 그 운영실태를 비교 검토하여 로마규정 협상과정에서 재판전공소사실확인절차에 대한 제안이 등장한 이유가 무엇인지 검토하였다. 다음으로 ILC 초안 작성작업에서부터 로마회의에 이르기까지 전심재판부 설치 및 재판전공소사실확인절차 도입에 관한 구체적인 논의과정을 규정안의 연혁과 이에 대한 각국의 입장을 바탕으로 추적함으로써 위 절차의 목적과 역할에 대한 이해를 돕는다. 이에 더하여 비교법적 검토를 위해 재판전공소사실확인절차의 모델이 된 국내 법제의 공소권 통제 장치에 대하여 개괄적으로 소개하였다.

제4장에서는 로마규정과 전심재판부의 결정례를 중심으로 재판전공소사실확인절차의 내용을 구체적으로 검토하였다. 먼저 제도적 의의를 분명히 한 후, 위 절차의 심리구조에 대하여 심리기일 전까지 진행되는 세부 절차와 심리기일에서의 진행방식으로 나누어 살펴보았다. 전자의 경우 심리기일 지정, 공소사실을 기재한 문서(Document Containing the Charges)의 제출, 증거개시절차로, 후자의 경우 심리기일의 운영방식, 소송관계인의 권한, 증거조사로 구성하여 다루었다. 그 다음으로는 위와 같은 심리를 거쳐 이루어지는 전심재판부의 결정에 관하여 학설과 실제 결정례를 바탕으로 검토하였다. 지금까지 공소사실확인에 관한 결정이 내려진 모든 사건의 결론을 소개하고, 중요한 사건의 경우에는 그 판시이유도 함께 적시하였다. 특히 공소사실확인을 위한 입증기준과 전심재판부의 결정례는 현재 ICC가 바라보고 있는 재판전공소사실확인절차의 심리 목적과 역할을 파악하고 위 절차의 향후 발전 방향을 가늠하기 위해 중요하므로 좀 더 자세히 살펴보았다.

제5장에서는 재판전공소사실확인절차의 운영상 문제점과 개선방안에 대해 논의하였다. 우선 재판전공소사실확인절차에서 나타나는 심리

장기화와 비효율의 문제를 전체적으로 살펴보고, 이러한 문제의 근본적인 원인이 되는 전심재판부의 직권주의적 심리방식에 대해 세부적으로 분석하였다. 이 부분의 이해를 돕기 위해 사건의 개요와 판시내용도 부가하였다. 다음으로 지금까지 ICC 안팎에서 이루어진 절차 개선 논의를 보고서와 내부 자료를 중심으로 소개하였다. 그리고 이를 토대로 실무 운영방식의 개선과 하부규범의 개정을 통한 바람직한 절차 개선방안을 제안하였다.

제2장 국내법원의 공소제기절차에 대한 비교법적 검토

일반적으로 국내 형사소송절차는 수사기관의 수사를 토대로 소추기관, 즉 검사가 법원에 공소를 제기함으로써 개시된다. 그런데 검사의 공소제기가 있다고 해서 바로 공판이 열리는 것은 아닌데, 공소제기 후 공판절차 개시 전까지의 절차상 간극을 보통 ‘공판전절차(pre-trial proceeding)’라 부른다. 그리고 대부분의 국가들은 위 단계에서 피의자의 범죄혐의에 대한 단순한 추측이나 의심만으로 재판이 개시되지 않도록 검사의 공소제기에 대한 사법적 심사를 거친다. ICC를 비롯한 여러 국제형사법원 역시 그 설립 배경과 관할권, 재판소 구조에 따라 고유한 공판전절차를 운영하고 있다. 그러나 국제형사법원에서는 특정 국가의 공판전절차 모델을 그대로 차용한 경우는 찾아보기 어려운데, 이는 국내법원의 법제를 통해서는 국내범죄에 비해 고도의 복잡성과 정치성을 띤 국제범죄를 신속하고 효율적으로 단죄할 수 없기 때문이다. 이에 국제형사법원은 그 설립 과정에서 직권주의적 요소와 당사자주의적 요소 가운데 해당 재판소에 가장 적합한 요소를 취합하게 되었고, 덕분에 국내법원에서는 볼 수 없는 독자적인 절차가 등장하였다. 국제형사소송절차가 ‘문화적·법률적 혼합물(cultural and legal hybrid)’이라 불리는 것도 이러한 연유다.¹⁴⁾ 따라서 국제형사법원의 소송절차를 제대로 파악하기 위해서는 그 원류인 국내 법제에 대한 이해가 선행되어야 한다.

따라서 본 장에서는 대륙법계 직권주의와 영미법계 당사자주의로 구별되는 소송구조의 차이에 따라 공판전절차가 어떻게 달라지는지 살펴

14) G. Boas, J. Bischoff, N. Reid, B. D. Taylor, *International Criminal Procedure* (Cambridge University Press, 2011), pp.15-16.

본 다음 위 각 소송구조를 대표하는 주요 국가인 프랑스와 독일, 미국의 공소권 통제 방식에 대해 살펴봄으로써 ICC 재판전공소사실확인절차의 목적과 역할에 대하여 참고할 만한 관점을 제공하고자 한다. 오랜 기간 축적된 국내 법제에 대한 연구와 경험은 역사가 짧고 실무 경험이 적은 재판전공소사실확인절차의 문제점 분석과 향후 개선방안의 모색에도 중요한 시사점이 될 것이다.

I. 직권주의 소송구조와 당사자주의 소송구조의 공판전절차 개관

국내 법제에서는 대부분 규문주의 이후 소추기관과 재판기관을 분리하여 소추기관, 즉 검사에게 공소권을 부여하고 공소 유지를 담당하도록 하는 탄핵주의를 택하고 있다. 이때 합목적성에 지배되기 쉬운 수사 행위와 공소권 행사를 어떻게 사법적으로 통제할 것인지의 문제가 따라 오는데, 이에 따라 대륙법계 직권주의(inquisitorial system)와 영미법계 당사자주의(adversarial system)로 나뉜다. 물론 직권주의와 당사자주의의 순수한 이분법적 형태는 거의 존재하지 않고 각국의 역사적 상황이나 지역적 관행, 입법정책에 따라 다양한 법제가 존재하므로, 위 두 사법체제의 도식적인 틀 안에서 모든 국내 법제를 설명할 수는 없다. 그러나 국내 형사절차 중 특정 제도를 가능케 한 형사소송구조 전반에 대한 거시적 접근이 이루어져야 그 제도의 도입 배경과 계기, 실제 운용에서 드러나는 장단점을 전체 구조와의 유기적인 연관 속에서 파악할 수 있으므로, 아래에서는 직권주의 소송구조와 당사자주의 소송구조에서의 공판전절차에 관하여 개괄해본다.

1. 직권주의 소송구조하에서의 공판전절차

전통적으로 프랑스와 독일을 중심으로 하는 대륙법계 직권주의하에서는 사실규명의 직접적인 책임이 법원에게 있다고 본다. 범죄가 사회유해적 행위라는 전제하에 그 처벌을 통한 법적 안정성과 정의의 추구가 형사소송의 목적이라고 보기 때문이다.¹⁵⁾ 따라서 법원(주로 수사판사)은 검사나 피고인의 주장에 구애받지 않고 수사절차에서부터 능동적으로 관여하여 직권으로 증거를 수집·조사하고 사실관계를 규명하며, 이를 바탕으로 피의자를 공판절차에 회부할지 여부를 판단한다.¹⁶⁾ 따라서 검사의 공소제기에 대한 심사에 있어서도 기본적으로 법원에 의해 지휘·감독된 공판전절차의 연결성에 대한 믿음이 있다. 그렇기 때문에 대부분의 경우 공판전절차는 당사자의 참여 없이 서면심리로 진행된다. 직권주의에서는 공판전절차를 공판절차와 유사한 대심적 구조로 진행할 경우 공판전절차가 간이재판처럼 운영되어 공판절차를 형해화시킬 뿐만 아니라 이러한 당사자주의적 소송구조는 공판전절차의 잠정적인 성격과도 맞지 않는다고 본다.¹⁷⁾ 공소장 심사의 기준도 공소장이 형식적으로 적법한지 그리고 ‘공소제기의 사실적 근거에 대한 명백한 흠결(a manifest absence of any factual basis for charge)’이 있는지 여부이기 때문에 공소가 기각되는 비율도 상대적으로 낮다.¹⁸⁾

직권주의 소송구조의 공판전절차에서는 ‘법률은 법원이 안다(*iura*

15) 주승희, 당사자주의와 직권주의 소송구조 비교 연구 (한국형사정책연구원, 2006) p.133.

16) 권순민, "소송구조와 합리적인 형사소송의 방향", 비교형사법연구, vol.10, no.1 (2008), p.278.

17) H. Kuczyńska, *The Accusation Model Before the International Criminal Court: Study of Convergence of Criminal Justice Systems* (Springer, 2015), p.154.

18) *Ibid.*, p.124.

novit cura)’는 원칙을 받아들여 법원은 검사가 기소한 사실관계에 대한 법적 구성을 변경할 수 있다. 검사가 법원에 심판을 구하는 대상은 ‘사실(facts)’에 대한 것이지 그 사실의 ‘법적 구성(legal characterisation)’에 대한 것이 아니며, 이러한 공소사실에 대한 법적 구성은 일종의 검사 측 주장 내지 제안이라고 보기 때문이다. 그렇기 때문에 공소장에 기재된 법적 구성에 흠결이 있는 경우 법원에게 이를 직권으로 변경할 권한을 인정하고 있다. ICTY에서는 오직 검사만이 공소장에 기재된 사실의 법적 구성을 변경할 수 있다고 명시한 반면(ICTY 절차및증거규칙 제50조 (A)(i)(C)), ICC에서는 검사가 제시한 사실 및 정황에 대하여 기소된 범죄와는 다른 범죄가 성립하는 경우 전심재판부는 심리를 연기하고 검사에게 공소사실 수정을 ‘고려하도록(to consider)’ 요청할 수 있다고만 규정하고 있어(로마규정 제61조 제7항 (c)(ii)), 공소사실에 대한 법적 구성 권한이 오로지 검사에게만 있는 것인지 불분명하다. 그럼에도 전심재판부는 Lubanga 사건과 Bemba 사건에서 재판소규칙 제55조를 근거로 전심재판부 직권으로 공소사실의 법적 구성을 변경할 권한이 있다고 보았다.

한편, 검사가 공소를 제기하지 않기로 결정한 경우 법원이 이를 통제할 수 있는지 여부에 대해서도 직권주의와 당사자주의는 극명한 대립을 보인다. 직권주의하에서 검사의 불기소에 대한 통제는 법원의 검찰에 대한 가장 보편적이고 일반적인 감독권한 중 하나이다. 로마규정 제53조 제2항, 제3항에서도 비록 제한적이기는 하나 검사의 수사 불개시 결정에 대하여 전심재판부가 재고를 요청할 수 있다고 규정하고 있다.

2. 당사자주의 소송구조하에서의 공판전절차

영국과 미국을 중심으로 하는 영미법계 당사자주의에서는 범죄가

사인간의 분쟁이고, 이를 해결하는 것이 형사소송의 목적이라는 인식이 강하다.¹⁹⁾ 따라서 사실규명의 책임은 검사와 피고인에게 있고 당사자들의 주장과 입증에 의해 심리가 진행된다. 그리고 법원은 공판절차가 개시되기 전까지 수사절차에 거의 관여하지 않고, 공판절차에서 대립하는 양 당사자 사이의 공격 방어를 통해 제출된 주장과 증거를 기초로 공정하고 중립적인 제3자의 입장에서 판단을 내린다.²⁰⁾ 따라서 당사자주의하에서 공소제기의 근거가 된 검사의 증거는 반대당사자인 피의자가 이를 다투는 이상 쉽게 믿지 않고, 공소장 심사도 직권주의에 비해 보다 엄격하게 이루어진다. 그렇기 때문에 당사자주의에서는 대심적 구조의 공판전절차를 두어 공판절차에 들어가기에 앞서 피의자에게 범죄혐의에 대한 주장·입증의 기회를 부여함으로써 법원으로 하여금 ‘검사 측 증거가 피의자의 범죄혐의를 증명하기에 충분한지 여부’, 즉 피의자를 재판에 회부할 근거가 있는지 여부를 판단할 수 있도록 한다. 이때 공소장의 기재 방식이 법률에 위배되는지 여부 등 공소장의 절차상 하자는 중요한 심사기준이 아니다. 직권주의 소송구조에서 공소제기 근거의 명백한 흠결이 있는지 여부를 살피기 위해 공소장 심사절차를 운영하는 것과는 그 출발점이 다른 것이다. ICC의 재판전공소사실확인절차가 당사자주의의 영향을 많이 받았다는 평가를 받는 이유도 종전 국제형사법원에서의 공소장 심사절차와 달리 피의자에게 출석권, 증거제출권, 증거이의권 등을 인정하고 대심적 구조의 심리기일을 운영할 뿐만 아니라 피의자에게 범죄혐의를 인정할 만한 상당한 근거를 뒷받침하는 충분한 증거가 있는지 여부를 기준으로 공소사실확인결정을 내리기 때문이다.

그리고 법원은 검사가 기소한 공소사실에 기속되고, 법원에게 당초의 공소사실이나 적용법조를 달리 재구성할 권한은 인정되지 않는다. 법

19) 주승희, *supra* note 15, p.133.

20) 권순민, *supra* note 16, pp.278-279.

원이 공소장을 변경하는 것은 검사의 권한에 대한 간섭이자 피의자의 방어권 침해라고 보기 때문이다. 따라서 법원은 검사가 제시한 공소사실이 인정되지 않으면 무죄를, 공소사실이 인정되면 유죄를 선고할 뿐 다른 방법이 없다. 그리하여 당사자주의 소송구조에서는 검사가 공소사실의 흠결로 인하여 무죄가 선고되는 결과를 방지하기 위해 선택적 기소(alternative charge) 또는 중첩적 기소(cumulative charge) 방식이 발달하게 되었다.

당사자주의하에서 법원이 검사의 수사 불개시나 불기소 결정을 통제할 수 있는 제도는 크게 발달해 있지 않다. 이 역시 검사의 권한에 대한 과도한 간섭이라고 보기 때문이다. ICTY, ICTR도 영미법계 당사자주의의 영향을 강하게 받아 그러한 규정을 두지 않았다.

이처럼 위 두 법제는 실체적 진실발견의 주체가 누구인지에 따라 재판절차의 운영 목적, 심리방식, 입증기준, 법원의 공소사실 변경 권한, 검사의 불기소 결정 등에 대한 통제방식 등에 있어 차이를 보인다. 다만 실제 운용에 있어서는 아래에서 보는 바와 같이 직권주의 소송구조와 당사자주의 소송구조 모두 실체적 진실발견과 인권보장이라는 형사소송법의 이념과 재판의 신속성, 효율성을 조화시키기 위해 양자의 요소를 혼합하거나 변형하여 복합적인 모습을 띠고 있다.

II. 프랑스의 예심(*L'instruction préparatoire*)

1. 절차의 개관

가. 도입배경

프랑스 형사소송절차 중 예심(*L'instruction préparatoire*)은 법원에 소속된 수사판사(*Juge d'instruction*)²¹⁾가 수사를 통하여 피의자를 특정하고 범죄혐의의 입증에 필요한 증거를 수집하여 재판법원에의 이송 여부를 결정하는 일련의 절차를 말한다.²²⁾ 로마회의에서 프랑스는 ICC의 공판전절차에 자국의 수사판사 제도를 모델로 한 '수사재판부(*investigating chamber*)'를 운영할 것을 강력하게 제안하였으나, 영미권 국가들의 반대에 부딪혀 최종 채택되지는 못했다. 그런데 근래 전심재판부는 실체적 진실 발견의 책임이 전심재판부에 있음을 전제로 양 당사자가 제출한 증거를 면밀히 심리하여 검사에게 부족 증거에 대한 추가 수사를 요청하는 등 마치 수사재판부와 유사하게 운용되고 있다는 비난을 받고 있다. 따라서 프랑스 예심 제도의 내용과 그 운영현황을 주의깊게 살펴볼 필요가 있다.

예심은 1808년 제정된 범죄수사법(*Code d'instruction criminelle*)에서 비롯되었다.²³⁾ 범죄수사법은 수사와 공판을 분리함으로써 규문주의 형사 절차를 극복하고 직권주의를 근간으로 하는 재판제도를 확립하였다. 그러나 수사와 공판의 철저한 분리에는 이르지 못하고 그 중간 형태로서 예심을 남겨 두었다. 범죄수사법에서 정립된 '소추(*poursuite*), 수사(*d'instruction*), 재판(*jugement*)의 분립' 원칙은 오늘날까지도 프랑스 형사소송절차의 핵심원칙으로 유지되어, 소추는 검찰(*ministere public*)이, 수사

21) 원래는 수사판사 단독으로 예심을 진행하였으나, 2007. 3. 5. 『형사절차의 균형강화를 위한 법률(*Loi tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale*)』에 따라 2010. 1. 1. 이후로는 3인의 수사판사로 구성된 '예심합의체(*collège de l'instruction*)'가 예심을 담당하게 되었다(개정 프랑스 형사소송법 제83조). 예심 관련 결정에 신중을 기하기 위한 것으로, 중요한 사항에 대해서는 반드시 3인의 합의체가 결정을 해야 하고, 그 밖에 기존 수사판사의 권한은 합의체의 구성원 중 1인이 행하도록 하였다; 박재익, "프랑스 예심제도 실무", 대검찰청 홈페이지 검찰자료 - 연구자료 게시판 (2007), p.15.

22) *Ibid.*, p.4.

23) 이진한, "프랑스 수사판사제도에 관한 고찰", 해외연수검사연구논문집, vol.15 (1999), pp.481-482.

와 예심은 예심법원(*juridictions d'instruction*)이, 판결은 재판법원(*juridictions d'jugement*)이 각 담당하고 있다.

나. 내용

검사는 중죄(*crime*)에 대해 반드시 예심법원에 예심개시를 청구하여야 하고(*requisitoire introductif*), 경죄(*delit*), 위경죄(*contravention*)는 검사의 선택에 달려 있다. 실무적으로는 ① 피의자가 밝혀지지 않은 경우, ② 당시까지 수집된 증거가 범죄혐의를 입증하기 부족한 경우로서 강제수사가 필요한 경우, ③ 사안이 복잡하여 장기간 또는 고난도의 수사가 예정되는 경우 예심개시 청구가 이루어진다. 한편, 수사판사는 검사의 청구 없이 직권으로 예심을 개시할 수 없다.

검사로부터 사건을 접수받은 수사판사는 예심을 개시하기에 앞서 ① 관할권 유무를 심사하여 '관할권 없음 결정(*conflit de jurisdiction*)'을 내리거나, ② 예심 청구된 범죄사실이 범죄혐의를 구성하지 않음이 명백한 경우 등에는 '예심개시거부 결정(*refus d'informer*)'을 내린다.

여기에 해당하지 않으면 수사판사는 유죄의 증거뿐만 아니라 무죄에 관한 증거도 수집할 의무가 있으므로 진실 발견을 위해 필요하다고 판단되는 일체의 수사행위를 한다. 수사판사는 피의자신문권, 압수·수색, 현장검증, 감정, 수사지휘권 등 강력한 권한을 갖는다.²⁴⁾ 다만 현실적으로는 직접 수사를 하는 데 한계가 있어 피의자신문 및 대질신문을 제외하고는 사법경찰관에게 수사를 촉탁하는 것이 일반적이다.²⁵⁾ 이처럼 예

24) 이에 프랑스 소설가 오노레 드 발자크(*Honoré de Balzac*)는 수사판사가 프랑스에서 가장 영향력 있는 사람이라고 말하였다. 한편, 수사판사는 한때 영장발부권도 가지고 있었으나, 아래에서 보는 바와 같이 2000. 6. 15. 형사소송법 개정을 통하여 예심절차에서 분리된 석방구급판사가 영장 발부를 담당하도록 하였다.

25) 전체 사건 중 약 8% 정도만 수사판사의 수사로 진행되고 대부분의 경우 경찰이나 검찰에게

심 절차에 있어서는 수사가 주된 비중을 차지하고 있기 때문에 재판절차와 달리 엄격한 대심절차에 의하지 않는다. 그러나 재판절차에서와 같이 피의자와 검찰이 동등한 지위에 있는 것은 아니지만 피의자는 수사판사의 결정 및 수사처분에 대하여 통지를 받고 특정한 쟁점에 관하여 불복을 신청할 수 있다는 점에서 비대심주의적 성격이 많이 완화되어 있다고 볼 수 있다.²⁶⁾ 또한 수사 중 예심개시 청구서에 기재되지 않은 새로운 사실을 발견한 경우 수사판사가 조서에 새로운 사실을 기재하거나 새로운 사실에 대하여 그 범죄혐의자로부터 진술을 청취할 수도 있다는 점도 당사자주의적 소송구조에서는 찾아볼 수 없는 특징이다.²⁷⁾ 수사판사는 범죄를 인정할 만한 증거가 충분하다고 판단하면, 죄질에 따라 위경죄·경죄는 위경죄법원 또는 경죄법원으로, 중죄는 중죄법원(*Cour d'Assises*)으로 사건을 이송한다.²⁸⁾ 반면 증거가 불충분하다고 판단하면 '불기소결정(*ordonnance de non-lieu*)'을 내린다.

이처럼 수사판사는 복잡하거나 중요한 사건을 철저히 수사하여 사

수사를 촉탁한다; K. Ambos & D. Miller, "Structure and Function of the Confirmation Procedure before the ICC from a Comparative Perspective", *International Criminal Law Review*, vol.7 (2007), p.353.

26) 이에 반해 2000. 6. 15. 항소법원 예심수사부(*Chambre de l'Instruction*)가 창설되기 이전에 있었던 항소법원 중죄소추부(*Chambre d'accusation*)는 대심적 성격이 강하여 경우에 따라 당사자를 출석시킨 가운데 법정에서 심리를 진행한 후 결정을 내리기도 하였다; 이진한, *supra* note 23, p.481.

27) 다만 수사판사는 검사에게 조서를 송부하여 검사의 의견을 묻고 검사의 추가기소가 있어야 새로운 사실에 대해 혐의자를 예심피의자로 지정할 수 있다(프랑스 형사소송법 제81조).

28) 종전에는 수사판사가 수사 결과 중죄가 성립된다고 판단하면 사건을 직접 중죄법원으로 송부하는 것이 아니라 항소법원 검사장에게 사건을 이송하고 그 기록을 넘겨받은 항소법원 중죄소추부가 2단계의 예심절차를 진행하여 중죄 혐의가 인정되면 중죄법원으로 사건을 이송하고, 중죄 혐의가 인정되지 않는 경우 무혐의결정을, 중죄 혐의 대신 경죄나 위경죄 혐의가 인정되는 경우에는 각 관할법원으로 송부결정을 하였다. 즉, 중죄사건에 대한 예심은 예심합의체와 항소법원 중죄소추부에 걸쳐 2심제로 진행되었다. 그러나 2000. 6. 15. 『무죄추정의 보호와 피해자의 권리강화에 관한 법률(*Loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*)』에서 항소법원 중죄소추부를 폐지하고 12명의 참심원으로 구성된 항소법원 예심수사부가 창설되었다. 항소법원 예심수사부는 항소법원에 설치되어 있는 특별부로서, 관할 내 수사판사들에 대한 감독권 등 행정적 권한과 수사 중 이루어진 예심판사의 각종 결정에 대한 불복재판을 담당한다; 박재익, *supra* note 21, p.19.

건을 재판법원에 넘길 것인지 여부를 검토하는 역할을 수행하고 있는데, 수사의 주재자로서 수사권(*pouvoir d'information*)을 가짐과 동시에 판사로서 재판상 결정권(*pouvoir de jurisdiction*)을 가진다는 점에서 매우 특이한 법제라 할 것이다.

2. 운영현황

프랑스 내에서 예심을 폐지하자는 주장은 오래전부터 있어왔다. 20 세기에 들어와 범죄의 증가, 경찰조직과 수사능력의 발달, 검사의 권한 강화, 피의자의 권리 확대 등으로 인해 예심 제도의 정당성과 유용성에 의문이 생기기 시작했다. 무엇보다 재판기관인 법원이 수사까지 겸하는 것이 피의자의 인권 보장을 약화시킬 수 있고, 수사판사가 해당 재판에 관여할 수 없다고 하더라도 판사가 수사한 사건에 대하여 판사가 재판을 하는 것이 완전히 객관적이라고 단정할 수 없다는 문제도 있었다. 예심 폐지 움직임은 2000년경부터 점차 본격화되었다. 2000. 6. 15. 개정 형사소송법에서 '석방구금판사(*Juge des libertés et de la détention*)' 제도를 신설하여 종래 수사판사가 가졌던 구속, 구속기간 연장, 석방 등의 권한을 석방구금판사에게 부여한 것을 비롯하여, 2003. 3. 18. 및 2004. 3. 9. 개정 형사소송법에서는 수사판사의 개입이 무의미할 정도로 특정 조직범죄 사건과 경제 사건의 수사에 대한 검사의 권한을 확대시켰다. 나아가 종래에는 사소당사자 참가신청(*contruction de partie civile*)과 함께 고소(*plainte*)가 있으면 검사의 예심개시 청구 없이도 예외적으로 예심이 개시되었으나, 2007. 3. 5. 개정 형사소송법에서는 사소당사자가 수사판사에게 곧바로 고소를 제기할 수 없도록 하였다.

이처럼 수사판사의 권한이 점차 축소되고 검사의 권한이 확대되면

서 수사판사가 담당하는 사건도 줄어들었다. 2014년 프랑스 검찰에 접수된 2,049,427명의 피의자 중 기소된 피의자 660,276명 가운데 28,242명, 비율로는 1.38%에 대해서만 예심개시 청구가 이루어졌다. 이와 같이 수사판사가 처리하는 사건의 비중과 숫자가 갈수록 적어지는 현상은 예심 폐지 주장의 주요한 근거가 되고 있다.²⁹⁾ 더군다나 사건별 평균 예심 소요기간은 19개월이고, 이는 점진적으로 증가하는 추세에 있는바, 예심에 소요되는 기간이 지나치게 장기간이라는 문제도 간과할 수 없다.³⁰⁾ 이에 2007년 당시 제23대 프랑스 대통령 후보였던 Nicolas Sarkozy는 예심 폐지를 주요 대선 공약으로 삼았다. 그리고 검사로 하여금 사법경찰에게 수사지휘를 내리거나 직접 수사를 하도록 하여 검사 중심의 수사시스템을 구축하고, 수사판사는 '수사견제판사(*juge de l'enquête et des libertés*)'로 전환하여 수사판사로 하여금 강제수사를 허가하고 검사의 청구에 따라 체포영장을 발부하는 등의 업무만 하도록 하자는 개혁 방안을 제시하였다.³¹⁾ 그 무렵 프랑스 사회에 큰 파장을 일으킨 우트로 사건(*L'affaire d'Outreau*)³²⁾도 수사판사 폐지, 항소법원 예심수사부 권한 강화 등 예심

29) Dominique BLANC, "Suppression du juge d'instruction : une réforme inachevée", http://www.alternatives-economiques.fr/suppression-du-juge-d-instruction--fr_art_633_41745.html, Alternatives Economiques(2009. 1. 16.); 한제희, "프랑스 검사의 지위와 기능 - 최근 동향을 중심으로", 대검찰청 홈페이지 검찰자료 - 연구자료 게시판 (2016)에서 재인용.

30) 박재익, *supra* note 21, p.21.

31) 김영기, "프랑스 형사절차의 현재와 개혁동향", *형사소송 이론과 실무* (2009), pp.152-154.

32) 프랑스 북서쪽의 우트로 마을에서 발생한 아동 성폭력 사건이다. 2000. 12.경 당시 10세의 소녀가 양육기관의 보모에게 자신이 부모로부터 성적학대를 당했다고 말한 것이 단서가 되어 소녀의 부모에 대한 예심이 개시되었는데, 수사 과정에서 부모는 자신들뿐만 아니라 주위 여러 사람들이 자녀를 성적으로 학대하였다는 취지로 진술하고 피해 아동의 진술도 부모의 진술과 같았다. 이를 근거로 총 18명에 대한 예심이 개시되었는데, 그 중 17명은 구속되었고, 1명은 사법통제(*controle judiciaire*) 처분을 받았으며, 구속된 1명은 억울함을 호소하다 수감 중 자살하였다. 수사판사는 17명에 대하여 가중강간죄 등으로 중죄법원에 사건을 이송하였다. 2004. 7. 2. 제1심 중죄법원은 10명에 대하여 유죄를 선고하고, 나머지 7명에 대하여는 무죄를 선고하였다. 혐의를 인정한 4명을 제외한 6명은 파리 중죄법원에 항소하였다. 항소심 재판 진행 중 피해 아동의 부모는 예심에서의 진술을 번복하고 항소한 위 6명은 사실 사건과 무관하다는 진술을 하였고, 이에 따라 2005. 12. 1. 파리 중죄법원은 6명 전원에 대하여 무죄를 선고하였다. 파리 중죄법원의 판결 선고 전 결심공판에서 검찰은 6명의 피고인 전원에 대하여 무죄를 구형

제도 개혁의 목소리에 힘을 보태었다.

이처럼 프랑스는 한때 예심 폐지 및 검사의 직접 수사 인정을 골자로 한 사법개혁을 시도하였으나, 검사의 정치적 중립성이 보장되지 않은 상태에서 검사에게 전적인 수사 권한을 주는 것은 대단히 위험하고 예심은 독립한 법관에 의한 피의자 보호를 위한 불가피한 제도적 장치라고 옹호하는 수사관사들과 일부 변호사단체들의 강력한 반대 여론에 정치적 부담을 느낀 Sarkozy 대통령이 다음 대통령 선거까지 논의를 미루자고 한발 물러섰다.³³⁾ 그러나 그가 재선에 실패하면서 결국 예심 폐지 시도는 흐지부지되고 말았다.³⁴⁾ 그럼에도 여전히 프랑스 내에 예심에 대한 부정적 인식이 널리 형성되어 있어 예심 폐지 문제는 언제든지 재점화될 수 있는 이슈이다.³⁵⁾

III. 독일의 중간절차(*Zwischenverfahren*)와 예심(*Voruntersuchung*)

1. 중간절차(*Zwischenverfahren*)의 내용

독일은 미국과 마찬가지로 연방제 국가여서 법원조직이 연방과 주 단위로 이원화되어 있다. 19세기 중반 이후 프랑스 범죄수사법의 영향으

하였고, 법무부장관은 판결 당일 피고인들에 대하여 사죄하는 기자회견을 가졌으며, 대통령도 피고인들에게 같은 취지의 편지를 발송하였다. 항소심에서 무죄판결을 선고받은 피고인들의 미결구금기간은 적게는 1년 11개월부터 많게는 3년 3개월에 달했다. 당시 언론은 장기간 구금의 문제, 피고인들의 가정 및 직장에서의 파탄을 전하며 수사관사가 책임을 져야한다고 규탄하고 수사관사 제도 폐지를 주장하였다; 박재익, *supra* note 21, pp.13-14.

33) 우트로 사건을 계기로 신중한 결정을 위해 3명의 판사로 이루어진 예심합의체가 예심을 진행하는 것으로 형사소송법이 개정되었으나, 위 제도로는 범죄에 대한 신속하고 효율적인 대처가 불가능하다는 문제점이 지적되고 있다.

34) 한제희, *supra* note 29, pp.30-31.

35) 김영기, *supra* note 31, p.158.

로 독일에 현대적인 형태의 검찰 제도가 도입되면서 소추권과 재판권이 법관에게 집중되어 있던 당시의 규문절차가 폐지되었다. 독일은 검사의 수사권을 적극적으로 인정하고 기소법정주의를 채택하여, 검사는 범죄의 충분한 혐의가 있으면 공소를 제기할 의무를 진다는 점(독일 형사소송법 제152조)에서 프랑스의 형사소송절차와는 큰 차이가 있다.

독일 형사소송절차는 크게 수사절차(*Ermittlungsverfahren*), 공판개시절차에 해당하는 중간절차(*Zwischenverfahren*), 공판절차(*Hauptverfahren*)로 나뉜다.³⁶⁾ 원칙적으로 수사는 검사가 하지만, 증거를 미리 확보할 필요가 있거나 증거인멸의 우려가 있어 구금을 통해 피의자의 출석을 강제할 필요가 있을 때에는 수사판사(*Ermittlungsrichter*)가 검사의 청구에 따라 수사절차에 관여할 수 있다(압수, 수색, 구속영장 발부, 긴급처분 승인 등). 그런데 수사판사의 업무범위가 명확하지 않아 오늘날까지도 검사와 수사판사의 권한을 구분하는 문제에 대해 격렬한 논쟁이 있다.³⁷⁾

검사는 수사 결과 공소제기를 위한 충분한 근거가 있다고 판단되면 관할법원에 공소장을 제출하고, 이로써 중간절차가 개시된다.³⁸⁾ 독일은 직권주의 소송구조를 취하고 있어 원칙적으로 모든 증거 채택이나 증인 소환이 법원의 직권으로 이루어지기 때문에 소송관계인과의 협의를 통한 기일 진행은 없고 따로 공판절차를 준비하는 절차에 관한 규정도 없다.³⁹⁾ 다만 수사절차와 공판절차 사이에 중간절차를 둬으로써 당해 사건에 대한 공판심리를 개시할 것인지 여부 등을 미리 심리하여 쟁점을 어느 정

36) K. Volk(김환수, 문성도, 박노섭 譯), 독일형사소송법 (박영사, 2009), p.20. 수사절차는 독일 형사소송법(*Strafprozeßordnung*) 제158조 내지 제177조, 중간절차 또는 공판개시절차는 제199조 내지 제211조, 공판절차는 제213조 이하에 각 규정되어 있다.

37) 대법원, 바람직한 형사사법시스템의 모색 결과보고서(II) - 독일·프랑스·일본의 형사사법시스템 (법원행정처, 2004), p.158.

38) 독일 형사소송법 제170조 제1항.

39) 독일 형사소송법 제214조. 이승현, "참여재판제도와 공판전준비절차", 한국형사정책연구원 (2006), p.79.

도 정리한 다음에 공판에 들어가는 것이다.

중간절차는 참심원(*Schöffen*)의 참여 없이 비공개로 진행되는데, 공소가 제기된 법원은 관할권 유무를 심사한 후 피의자에게 공소장을 송달하고 개별적인 증거조사의 신청 여부 또는 공판절차의 개시에 대한 이의 여부에 관한 의사를 일정 기간 내 표시할 것을 요구한다.⁴⁰⁾ 검사의 공소 제기시 공소장과 함께 모든 사건 기록이 법원에 제출되므로, 위와 같은 절차는 대심적 구조의 심리 없이 서면심리를 기초로 이루어진다. 아주 드물기는 하지만 중간절차에서 법원은 공소사실에 구애받지 않고 증거조사를 명하거나 공소사실의 법적 구성을 달리 할 수 있다. 즉, 중간절차에서의 법원의 역할은 ① 경찰과 검사가 한 수사에 대한 단순한 평가와 ② 실체진실 발견을 목적으로 한 법관의 직권에 의한 수사로 이루어진다고 요약할 수 있는데, 이와 같이 강력한 권한을 바탕으로 공판절차에 회부되어선 안 될 사건을 효과적으로 걸러내고, 나아가 공판절차가 불필요하게 지연되지 않도록 심리대상을 확정하는 것을 목적으로 한다. 심리 결과 관할법원은 피의자에게 범죄행위에 대하여 '충분한 혐의(*hinreichender Verdacht*)'⁴¹⁾가 있으면 공판을 개시하고('Eröffnungsbeschluss'), 그 반대의 경우에는 공소를 기각한다('Nichteröffnungsbeschluss'). 피의자의 부재 또는 일신상 사유로 인한 장애가 지속되어 공판을 개시할 수 없는 때에는 잠정적으로 절차를 중지하는 결정을 할 수도 있다.⁴²⁾

그런데 중간절차에서 실제로 공소가 기각되는 비율은 1%도 채 되지 않는다.⁴³⁾ 그리고 공소사실에 대한 법관의 개입이 재판기관의 판단자

40) 독일 형사소송법 제201조 제1항, 제2항.

41) 독일 형사소송법 제199조 제1항. 공판절차 개시 여부의 입증기준인 '충분한 혐의(*hinreichend verdacht*)'는 구속영장의 발부요건인 '유력한 혐의(*dringenden verdacht*, 독일 형사소송법 제112조)'보다 낮은 정도의 심증으로, 피의자가 유죄일 가능성이 높은 것을 의미한다.

42) 독일 형사소송법 제203조 내지 제205조.

43) 이윤제, *supra* note 9, pp.453-455.

로서의 역할과 상충되고 이는 형사소송절차에 잔재한 규문적 요소라고 비판하는 견해도 있다. 이에 따라 1903년 형사소송법 개정위원회에서는 중간절차를 간소화할 것을 제안한 바 있고, 1920년 형사소송법 개정 초안에서는 중간절차를 폐지하고 법원의 '공판개시명령'으로 공판이 개시되는 것으로 규정하였다. ① 공소제기에 대한 전적인 책임은 검사가 부담하므로 중간절차의 폐지가 탄핵주의의 일관된 도입이라는 점, ② 공판개시명령에는 어떠한 혐의도 포함되어 있지 않아 피고인(피의자)에 대한 불리한 선입관을 피할 수 있다는 점, ③ 부당한 공소로부터의 피의자 보호는 피의자의 증거신청권과 종결기일에서의 범죄혐의 고지 및 항소로도 충분하다는 점이 개정 이유였다.⁴⁴⁾ 그러나 최종 입법이 좌절되면서 중간절차는 지금과 같은 모습으로 유지되고 있다.

2. 예심(*Voruntersuchung*)의 폐지 배경

여기서 주목할 점은 1974년 전에는 독일 형사소송절차에 중간절차의 전 단계로 규문적 성격의 예심(*Voruntersuchung*) 제도가 있었다는 사실이다. 1877년 제국 형사소송법에서는 프랑스의 예심을 모델로 중죄 등 일정한 경우 예심판사(*Untersuchungsrichter*)로 하여금 검사와 유사한 지위에서 직권으로 수사를 할 수 있도록 하여 모든 수사가 예심판사의 승인이나 명령하에 이루어지게 하였다.⁴⁵⁾ 수사 결과 예심판사가 예심의 목적을 충분히 달성하였다고 보아 검사에게 수사기록을 송부하면, 검사는 법원에 공판절차개시결정·면소·절차 중지 등을 신청하고, 여기에 이어진 중간절차에서 법원은 검사의 위 신청에 대한 결정을 내렸다.⁴⁶⁾ 예심판사

44) 대법원, *supra* note 37, p.270.

45) 1877년 제국 형사소송법 제188조 제1항.

46) 1877년 제국 형사소송법 제195조, 제196조.

의 특징은 외부로부터 독립하여 직권으로 수사를 행한다는 점이다. 모든 증거 수집절차는 예심판사의 손에 달려 있었고, 수사와 관련한 검사나 피의자의 신청에 대한 결정도 예심판사의 자유재량에 맡겨져 있었다. 한마디로 예심판사는 법률적으로 완전히 독립된 검사나 다름없었다.⁴⁷⁾

그러나 앞서 프랑스의 예심 폐지 주장에서 본 바와 같은 비난이 독일 내에서도 동일하게 제기되면서 절차의 신속성 및 수사기관과 재판기관의 분리를 위해 1974. 12. 9. 제1차 개정 형사소송법으로 예심이 폐지되었다.⁴⁸⁾ 처음 예심을 도입할 당시 사회에 만연했던 검찰에 대한 불신이 더 이상 정당하지 않고, 나아가 성질상 검사의 직무에 속하는 업무를 판사로 하여금 수행하게 하는 것보다 순수한 수사절차로부터 판사를 독립시키는 것이 권력분립을 보다 강화시킨다고 보았기 때문이다. 나아가 형사소송법의 여러 조항이 개정됨에 따라 굳이 예심을 통해 피의자를 보호할 필요도 적어졌다. 예심이 폐지됨에 따라 독일 형사소송절차에 남아 있던 규문주의의 잔재는 본질적으로 제거되었고, 검찰은 유일한 수사기관으로서 독자적인 책임하에 제한 없이 수사를 하게 되었다.⁴⁹⁾

IV. 미국의 예비심문(Preliminary Hearing)과 대배심(Grand Jury)

미국은 초기 식민지 시대 영국의 당사자주의 소송구조의 영향을 받아 사인소추를 인정하였으나, 영국식 사인소추 제도가 부유하고 권력을 가진 집단에게만 유리하다는 비판이 제기되면서 영국식 사인소추 제도를

47) 대법원, *supra* note 37, p.157.

48) BGBl. I, S. 3393.

49) 한생일, "독일 검찰청 조직과 검찰공무원의 역할", 형사법의 신동향, vol.22 (2009), p.166.

변형하고 대륙식 검사 제도를 받아들여 독특한 형사소추제도가 마련되었다. 또한 당시 영국과의 대립이 격화되고 독립전쟁과 혁명의 열기가 고조되면서 영국의 강권통치와 사법장악을 견제할 수 있는 중요한 제도로 대배심이 각광을 받아 형사절차에서 검사와 판사에게 소극적인 권한을 부여하게 된 것이 중요한 특징이다. 그런데 미국은 연방제 국가로서 형사소송과 관련하여 상당히 복잡한 구조를 가지고 있다. 연방과 주들은 각기 고유의 형사관할권을 갖고 독자적인 형사소송절차를 운영하는데, 주로 중범죄(felony)의 경우 검사는 예비심문(preliminary hearing)을 거쳐 공소장(information)을 제출하거나,⁵⁰⁾ 사건을 대배심(grand jury)으로 보내 공소장(indictment)을 발부받아 공소를 제기한다. 아래에서는 연방 사건을 중심으로 미국의 공소제기절차에 관하여 살펴본다.

1. 예비심문(Preliminary Hearing)

예비심문은 피의자의 체포 후 검사의 공소제기 전에 치안판사(Magistrate Judge)가 피의자가 범죄를 범하였다고 믿을 만한 ‘상당한 이유(probable cause)’가 있는지 여부, 다시 말해 범죄가 발생하였고 당해 피의자가 그 범죄를 저질렀음을 정당화하는 충분한 증거를 검사가 제시할 수 있는지 여부를 심리하는 절차이다. 위 절차의 목적은 피의자를 부당한 체포로부터 보호하고, 악의적이고 근거 없는 기소를 방지하며, 검사의 공소제기에 상당한 근거가 있음을 확인함으로써 상당한 이유 없이 대배심이나 정식재판절차가 열리는 것을 방지하는 데 있다.⁵¹⁾ 피의자로서

50) 일부 주에서는 모든 사건에 대하여 예비심문을 진행하기도 하고, 다른 일부 주에서는 피의자 측이 요구하는 경우에만 예비심문을 진행하기도 한다; 장영진, 하혜경, 미국법강의 (세창출판사, 2008), p.154.

51) *Thies v. State*, 178 Wis. 98 (1922).

는 공판에 들어가기에 앞서 검사 측 증거를 볼 수 있는 기회이자 검사 측 증인에 대한 반대신문을 통해 탄핵증거를 마련할 수 있는 계기가 되기도 한다.

경죄가 아닌 한 연방치안판사는 예비심문을 진행하여야 한다.⁵²⁾ 다만 ① 피의자가 예비심문을 포기한 때,⁵³⁾ ② 피의자가 대배심에 의해 기소된 때, ③ 피의자가 대배심에 의한 기소를 포기하여 중죄로 약식기소된 때, ④ 경죄로 약식기소된 때, ⑤ 피의사실이 경죄이고 피의자가 치안판사 앞에서 재판을 받기로 동의한 때에는 예비심문을 행하지 않는다.⁵⁴⁾ 거의 모든 주에서는 검사가 예비심문 전에 대배심 기소를 하여 공소장(indictment)이 발부되면 이로써 범죄혐의가 소명되었다고 보아 예비심문을 생략한다. 연방 사건 중에서도 예비심문을 거치는 경우는 중죄 사건의 20% 정도에 불과하고, 대부분 사건은 대배심을 통해 공소장을 제출함으로써 예비심문을 거치지 않는다.⁵⁵⁾

예비심문은 피의자가 체포된 날로부터 30일 이내에, 최초 출석일(initial appearance)로부터 10일 이내에 진행된다.⁵⁶⁾ 그리고 일방 심리(*ex parte* screening)가 아닌 대심적 구조의 심리로 이루어지는데, 예컨대 피의자는 변호인을 선임하여 비록 제한적이기는 하나 검사 측 증인에 대해 반대신문을 하거나 증거조사를 신청하는 등 공판절차에서와 유사한 권리를 행사할 수 있다.⁵⁷⁾ 예비심문에서는 공판절차에서와 달리 전문증거를

52) 연방형사소송규칙 Rule 5.1. (a).

53) 피의자가 유죄인정을 하고자 하는 경우 취하는 소송기술이며, 그 포기비율이 50%에 이른다; 장영진, 하혜경, *supra* note 50, p.154.

54) 연방형사소송규칙 Rule 5.1(a)(1)-(5).

55) Peter Arnella, "Reforming the Federal Grand Jury and the State Preliminary Hearing to Prevent Conviction Without Adjudication", *Michigan Law Review*, vol.4, no.78 (1980) pp.535; 윤지영, 재판전 단계에서의 국민참여방안에 관한 연구 (한국형사정책연구원, 2011), p.113에서 재인용.

56) 서철원, 미국 형사소송법 (법원사, 2005), p.198.

57) 대법원, 바람직한 형사사법시스템의 모색 결과보고서(I) - 미국·영국의 형사사법시스템 (법원행정처, 2004), p.118.

인정하는 점도 특징이다. 예비심문이 공판절차와 유사한 재판으로 변질되는 것을 경계하는 견해가 있기는 하나, 실제로는 당사자들 스스로 예비심문에서부터 공판절차의 소송전략을 전부 드러내는 것은 불리하다고 생각해 이를 자제하고 있어 크게 문제되지 않고 있다.

치안판사는 심리 결과 범죄가 행해졌거나 현재 행해지고 있다는 점 및 체포하여야 할 피의자가 그 범죄행위를 하였다는 점에 관하여 '상당한 이유(probable cause)'가 있다고 인정하면, 정식기소(indictment)가 인정되는 범죄는 대배심으로, 약식기소(information)가 인정되는 범죄는 관할법원으로 각 사건을 이송한다. 검사의 입증이 부족하다고 판단되면 공소를 기각하고 피의자의 석방을 명한다. 그 밖에도 치안판사는 피의자의 구금이나 석방, 보석, 압수수색영장, 체포영장의 발부, 범인인도와 같은 강제처분 외에도 광범위한 형태로 절차를 주관한다.⁵⁸⁾ 이때 '상당한 이유'는 불심검문(stop-and-frisk)의 기준인 '단순한 의심 또는 합리적 의심(reasonable suspicion)'보다는 높고, 유죄판결의 근거가 되는 '합리적 의심을 넘어선 증명(beyond reasonable doubts)'보다는 낮은 정도의 입증기준을 말한다.⁵⁹⁾ 그러나 그 구체적인 개념을 설명하는 것은 어렵고 복잡하다. 연방대법원은 '단순한(bare) 의심보다 더 의심스러운 것'이라고 정의하면서, '합리적인 주의를 가진 사람이 어떤 범죄가 행해졌거나 현재 행해지고 있다고 믿는 것을 정당화시켜 줄 수 있을 정도로 사실과 상황, 합리적으로 신뢰할 만한 정보가 그 자체로 충분할 때 상당한 이유가 있다'고 설명하였다.⁶⁰⁾ 그러면서 '상당한 이유에 관한 모든 개념의 실질은 유죄에 대한 믿음의 합리적 근거(reasonable ground)'라고 요약하였다.⁶¹⁾ 실무에서는 보통 피의자가 어떤 범죄를 저질렀다는 것이 50% 이

58) 18 U.S.C. §§3041, 3141(a), 3142(a); 28 U.S.C. §636(a)(2); 연방형사소송규칙 Rule 5(a), (c).

59) 이재웅, "미국의 구속제도", 한국형사법연구회, 구속제도와 영장항고 (법문사, 2007), p.6.

60) *Brinegar v. United States*, 338 U.S. 160 (1949).

상 확실한 때에 상당한 이유가 있다고 보고 있다.

2. 대배심(Grand Jury)

‘기소배심’이라고도 불리는 대배심은 12세기 초 영국에서 유래한 제도로, 잘못을 저지른 시민에 대한 처벌은 시민에 의하여야 한다는 이상과 이를 통해 검사의 공소권 남용을 제한하여야 한다는 생각에 기초하고 있다.⁶²⁾ 이는 미국 독립 과정에서 영국 지배층의 부당한 기소와 사법부장악을 견제하는 방패로 출발하여, 이후 미국 연방 수정헌법 제5조에 대배심에 의한 기소를 거치지 않고는 누구도 연방 중죄 등으로 소추되지 않는다는 규정이 명문화되기에 이르렀다. 그런데 영국에서는 1933년경 대배심이 대단히 번거롭고 오히려 검사의 공소권 행사를 정당화하는 명분으로 활용되면서 공소권 남용에 대한 시민적 통제권의 행사라는 본래의 취지가 퇴색되었다는 이유로 폐지되었다. 미국에서도 1859년 미시건주를 시작으로 대배심에 의한 기소(indictment)와 검사에 의한 기소(information)를 선택할 수 있도록 하는 주가 늘어났고, 연방대법원에서도 1884년 모든 주들이 대배심에 의한 공소제기절차를 둘 필요가 있는 것은 아니라고 결정함에 따라 각 주는 자율적으로 대배심의 존치 여부를 결정할 수 있게 되었다.⁶³⁾ 현재 대배심을 일부 폐지한 주는 2/3에 이르는데, 그렇다고 하여 대배심을 완전히 폐지한 주는 단 2개 주에 불과하다.⁶⁴⁾ 연방 사건에서도 대배심에 의한 공소제기는 중죄 사건(felony case)에만 의무적으로 적용되고, 경범죄 사건은 검사의 재량에 달려있다.

61) *Ibid.*

62) 한인섭, "형사재판에서 배심제의 도입", 형사정책, vol.14, no.2 (2002), pp.112-114.

63) *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516 (1884).

64) 한인섭, *supra* note 62, pp.112-114.

대배심의 주요 기능도 예비심문과 마찬가지로 검사가 제시한 증거가 피의자에 대하여 공소를 제기하기 충분한지, 즉 공소제기에 '상당한 이유(probable cause)'가 있는지 여부를 판단하는 데 있다.⁶⁵⁾ 그러나 대심적 구조인 예비심문과 달리 대배심은 검사 주도의 일방적(*ex parte*)·비공개 서면 심리절차이다.⁶⁶⁾ 따라서 피의자는 증거를 제출하거나 출석할 권리가 없고, 검사가 제출한 증거만을 가지고 기소 여부를 판단한다. 다만 대배심 역시 피의자의 유무죄를 결정하는 것이 아니라 공소제기에 요구되는 상당한 혐의 유무를 판단하는 것이기 때문에 예비심문과 마찬가지로 전문증거가 허용된다. 무엇보다도 대배심에서는 소환장(subpoena) 발부 등을 통해 증인 소환이나 증거 제출을 강제할 수 있어 중요 참고인에 대한 증언이나 금융거래자료 등 증거 확보가 용이하다는 점에서 검사는 대배심을 효과적인 수사방법으로 활용하고 있다.

대배심에서 배심원들의 투표에 의하여 피의자가 범죄를 범하였다고 볼 만한 상당한 이유가 있다고 결정한 경우 배심원들은 공소장의 검사 서명 하단에 서명한 후 이를 법원에 제출하고('A True Bill'), 검사의 공소 제기가 부적절하다고 결정하는 경우 공소를 기각한다('No True Bill' 또는 'No Bill'). 그런데 대배심이 공소를 인가하더라도 최종적으로 기소 여부를 결정할 권한은 검사에게 있고, 반대로 대배심이 공소를 기각하면 검사는 기소할 수 없다.⁶⁷⁾

3. 대배심의 운영현황

65) 서철원, *supra* note 56, p.198-203. 대배심은 16명 내지 23명으로 구성되고 12명 이상의 찬성을 통해 정식기소를 승인할 것인지 여부를 결정한다. 이와 구분되는 소배심(Petit Jury)은 12명으로 구성되고 공판절차에서 만장일치의 유무죄 평결(verdict)을 통하여 사실인정을 담당하는바, '공판배심'이라고도 부른다.

66) 서창희, "Grand Jury 및 Immunity를 이용한 수사-미국법상 비협조적 참고인에 대하여 진술을 강제하는 방법", *해외연수검사연구논문집*, vol.11 (1995), p.155.

67) 사법연수원, *미국 형사법* (사법연수원, 2010), p.163.

미국 형사소송절차 중 공판전절차에 대한 논의는 예비심문보다 대배심에 집중되어 있다. 오래전부터 대배심은 불필요한 사법비용을 증대시키고 공소제기절차를 지연시키는 비효율적인 제도라는 이유로 많은 비난을 받아왔다. 뿐만 아니라 배심원들이 검찰에 호의적이어서 대배심의 의견과 검사의 의견이 다른 경우는 실제 거의 발생하지 않고 검사의 의견대로 결정되는 경우가 대부분이다.⁶⁸⁾ 이러한 이유로 대배심은 시민이 검사의 기소 과정에 참여하여 검사의 독단과 자의를 방지한다는 애초의 목적에서 벗어나 검사의 고무도장(rubber stamp) 역할을 하고 있고, 더 나아가 오히려 검사의 기소에 힘을 실어주는 제도로 이용된다는 비난을 받고 있다.⁶⁹⁾ 이에 따라 다른 나라에서도 배심제의 도입을 위해 미국의 배심을 참조하면서도 대배심의 도입을 진지하게 고려하는 나라는 없다.

그러나 많은 비판에도 불구하고 미국 연방과 대다수 주들은 대배심을 유지하면서 제도의 효율화를 위한 개선방안을 다각적으로 모색하고 있다. 전반적인 개혁 논의는 연방 대배심에 대한 것보다는 주 대배심의 운영방식에 효율성을 가미하는 방안에 초점이 맞추어져 있다. 그 중 ① 대배심은 수사단계에서 소추단계에 이르기까지 일종의 관문 역할을 하므로 대배심의 여과기능이 제대로 작동한다면 전체 형사소송절차의 효율성이 향상될 수 있다고 보아 검사의 공소제기에 상당한 근거가 존재하는 경우에도 이를 기소하지 않을 수 있는 권한('grand jury nullification')을 적극적으로 활용하자는 견해,⁷⁰⁾ 또한 ② 대배심에 전문증거나 위법수집

68) 대배심이 불기소결정을 하는 경우는 전체 사건의 10% 정도를 차지하나, 이는 대부분 검사도 불기소 심증을 가지고 있었던 경우이고, 검사가 기소의견을 가지고 있었음에도 대배심이 불기소결정을 한 경우는 찾아보기 어렵다; 박세현, "미국의 기소배심 실무연구", 해외연수검사연구 논문집, vol.24, no.1 (2008), p.108.

69) 성선제, "미국의 형사배심제도", 미국헌법연구, vol.14 (2003), p.240.

70) Roger A. Fairfax, Jr., "Does Grand Jury Discretion Have a Legitimate (and Useful) Role to Play in Criminal Justice?", *Grand Jury 2.0: Modern Perspectives on the Grand*

증거 등이 제출되는 것을 금지하고 검사로 하여금 피의자에게 유리한 증거도 반드시 제출하도록 하며, 상당한 이유(probable cause)를 넘어서 명확하고 확실한(clear and convincing) 증거의 존부를 기준으로 기소 여부를 판단해야 한다는 견해⁷¹⁾ 등은 이후 살펴볼 ICC 재판전공소사실확인절차의 개선방안을 모색함에 있어 상당한 시사점을 준다.

본 장에서는 ICC를 비롯한 국제형사법원의 공판전절차에 대한 이해를 돕기 위해 대륙법계 직권주의와 영미법계 당사자주의를 대표하는 국가들의 국내 공소제기절차에 대하여 먼저 알아보았다. 다음 장에서는 ICC가 설립되기 이전의 국제형사법원, 즉 IMTN과 IMTFE, ICTY와 ICTR의 공소권 통제 제도를 살펴보고, 이를 바탕으로 위와 같은 국내법원과 국제형사법원의 공소권 통제 제도가 ICC 재판전공소사실확인절차의 도입에 어떠한 영향을 미쳤기에 지금과 같이 독자적인 형태의 재판전공소사실확인절차가 탄생하게 되었는지를 1993년 ILC 초안 작성시부터 로마규정이 최종 채택되기까지의 논의과정과 관련 규정의 연혁을 중심으로 알아본다. 이러한 논의를 바탕으로 ICC에 재판전공소사실확인절차가 어떠한 의도와 목적으로 도입되었는지를 용이하게 파악할 수 있을 것이다.

Jury (Carolina Academic Press, 2011); 윤지영, *supra* note 55, p.122에서 재인용.
71) *Ibid.*, p.123.

제3장 ICC 재판전공소사실확인절차의 도입 배경

제1절 종래 국제형사법원의 공소권 통제 제도

ICC 재판전공소사실확인절차의 도입 취지를 제대로 이해하기 위해서는 직접적인 논의에 앞서 종래 국제형사법원의 공소제기절차 및 이에 대한 사법적 심사방식⁷²⁾에 대해 살펴볼 필요가 있다. 결국 ICC 재판전공소사실확인절차도 기존의 공소권 통제절차의 한계를 극복하기 위해 만들어진 제도이기 때문이다. 그런데 특이하게도 국내 법제에서는 앞서 본 바와 같이 각국의 역사적 상황이나 지역적 관행에 따라 다양한 형태의 공소권 통제장치가 발달해 온 것과 달리, 국제 형사소송절차에는 소추기관의 공소제기를 통제하기 위한 규정이 구체적으로 마련되어 있지 않고, 실무상으로도 크게 문제된 적이 없었다. 많은 시간과 비용을 들여 설립된 국제형사법원은 설립 단계에서부터 그 목적과 시간적·장소적 관할권의 범위가 지극히 한정되어 있기 때문에 검사의 공소권 남용 여지가 거의 없고 따라서 이를 적극적으로 통제하여야 할 필요도 없었기 때문이다.

72) ICC 설립 이후 국제법원과 국내법원의 성격이 혼재된 혼합재판소로 SCSL 및 STL, ECCC가 설립되었다. SCSL 및 SCL의 공소장 인가절차는 SCSL의 경우 재판관 1명이 공소장을 심사하고, STL의 경우 항소심재판부가 공소장 인가절차에서의 법리해석과 관련하여 재판부에 의견을 제시할 수 있다는 차이 외에는 ICTY, ICTR의 공소장 인가절차와 동일하다(SCSL 절차및증거규칙 제47조, STL 절차및증거규칙 제68조). 한편, ECCC는 여타 국제형사법원과 달리 캄보디아 사법부에 속하는데, 그 결과 ECCC 형사재판절차에는 프랑스 법을 계수한 캄보디아 형사소송법이 많은 영향을 미쳐 수사관사(Investigating Judge, *juge d'instruction*) 제도를 두고 있다. ICC와 달리 수사관사에게 광범위한 수사권과 공소권을 인정하고 있고, 나아가 수사단계에서의 분쟁을 해결하기 위해 전심재판부(Pre-Trial Chamber)도 운영하고 있다.[ECCC 설립협정 제5조, 제6조, ECCC 내부규칙(Internal Rules) 제49조, 제50조, 제53조, 제55조, 제66조, 제67조].

I. IMTN, IMTFE의 공소장 인가절차

제2차 세계대전 후 연합국은 미국의 주장에 따라 적국 지도자들을 군사재판에 회부하여 처벌하기로 하였다.⁷³⁾ 이에 따라 유럽 추축국, 그중에서도 특히 독일의 주요 전범을 처벌하기 위해 IMTN이, 일본의 주요 전범을 처벌하기 위해 IMTFE이 각 설치되었다.

그런데 IMTN 헌장과 절차규칙(Rules of Procedure)⁷⁴⁾에서는 재판 절차의 윤곽만 그려놓았을 뿐이고 구체적인 운영방향은 런던협정의 서명국이자 승전국인 미국, 영국, 소련, 프랑스 4개국 중심으로 구성된 재판관과 검사에게 맡겨져 있었다. 당시로는 국제형사소송절차의 근간이 될 반영구적인 규정을 만드는 것보다 실제적인 측면에서 접근하여 주요 국제전범들에게 신속하게 유죄판결을 선고하는 것이 더 중요했기 때문이다. 이에 따라 IMTN 재판은 명문의 절차규정이 아닌 개개의 사건별 재판관의 개별적인 결정에 기하여 진행되었다. 따라서 재판은 크게 미국과 영국으로 대표되는 당사자주의 체제와 소련과 프랑스로 대표되는 직권주의 체제에 따라 이원적으로 재판되었다. 예컨대, 당사자주의적 요소로서 피고인에게 증거제출권과 증인신문권을 인정한 반면, 직권주의적 요소로는 배심제 도입 없이 재판관이 유죄 여부를 직접 판단하도록 하고 결석

73) E. S. Borgwardt, "Ideology and International Law: The Dissent of the Indian Justice at the Tokyo War Criminals Trial", *International Law and Politics*, vol.23 (1991), pp.379-380. 런던회담의 준비단계라 할 수 있는 1944. 10.부터 1945. 6. 사이에 연합국 내부에서 즉결처형 방식이 아닌 군사재판 방식으로 추축국 지도자들을 처벌하기로 합의되었다. 소련이 즉결처형 방식을 주장한 영국에 대하여 반대하고 미국 측 군사재판 주장에 대하여 적극적으로 지지한 것이 국제군사재판 방식을 채택하게 된 결정적 요인이 되었다; 이장희, "도쿄국체군사재판과 뉘른베르크 국제군사재판에 대한 국제법적 비교 연구", *동북아역사논총*, vol.25 (2009), p.203.

74) IMTN 절차규정은 불과 11개 규정에 불과하다.

재판과 서면 증거를 인정하였으며 재판소가 적극적으로 증인을 소환하여 신문할 수 있도록 하였다.⁷⁵⁾ 복잡한 증거규칙이 없었던 덕분에 IMTN 재판은 매우 신속하고 효율적으로 진행되어 대부분의 경우 10개월 이내에 선고가 끝났다. 비록 재판의 공정성에 대한 비판은 있지만, IMTN 재판의 운영경험은 국제사회로 하여금 특정 국가의 국내 법질서를 차용하지 않은 국제형사법원 고유의 법질서를 통해서도 충분히 국제형사사법 정의를 실현할 수 있다는 자신감을 갖게 하였다.

그런데 앞서 IMTN의 주된 목적이 신속한 유죄판결에 있었다는 부분에서 이미 예상할 수 있듯이 ‘승자의 정의(Victor’s Justice)’였던 IMTN은 설립 목적부터 패전국 지도자의 처벌에 특정된 데다 재판관과 검사 모두 연합국 중심으로 구성되었고, 기소대상도 전범재판소 규정에 명시된 기준에 따라 이미 선정되어 있었다.⁷⁶⁾ 따라서 IMTN이나 IMTFE에서는 재판관이 검사의 공소권 행사를 사법적으로 심사하거나 통제할 필요가 없었다. 이에 따라 IMTN의 경우 공소장의 요건에 대하여 ‘공소사실에 대한 세부적인 사항이 구체적으로 기재되어야 한다’라고 간단히 규정하였다.⁷⁷⁾ 그리고 미국, 영국, 소련, 프랑스 4개국이 각국당 1명씩 임명한 수석 검사(Chief Prosecutor) 4명으로 구성된 수석검찰위원회(Committee for the Investigation and Prosecution of Major War Criminal)가 공소장을 ‘승인(approve)’한다고만 규정하였을 뿐 구체적인 공소장 심사절차도 두지 않았다.⁷⁸⁾ 다만 제한이 있다면, 4명의 수석 검사가 만장일치로 공소장을

75) H. Kuczyńska, *supra* note 17, p.5.

76) 런던협정 제6조, IMTFE 헌장 제5조.

77) 런던협정 제16조 (a).

78) 런던협정 제14조;

Each Signatory shall appoint **a Chief Prosecutor** for the investigation of the charges against and the prosecution of major war criminals. The Chief Prosecutors shall act as a committee for the following purposes:

(c) to **approve the Indictment** and the documents to be submitted therewith,

승인하여야 한다는 점뿐이었다.

승전국 사이에 재판절차에 대한 권한이 비교적 공평하게 분배되어 있었던 IMTN과 달리, IMTFE에서는 미국이 전범 분류나 체포, 공소제기에 있어 우위를 점하고 재판소 운영에 있어서도 배타적이고 주도적인 지위를 유지하였다.⁷⁹⁾ 따라서 연합국 최고사령관이 임명하는 수석 검사(Chief of Counsel)에게 수사권과 공소권이 있다고만 규정하고 별도로 공소장 심사절차를 두지 않았다.⁸⁰⁾ 그러나 IMTFE가 본안심리에서 55개의 공소사실 중 45개의 공소사실이 서로 중복되거나 모호하고 관할권이 없다는 이유로 심리를 기각한 점⁸¹⁾에 비추어 보면, 이러한 공소장 심사절차의 부재가 재판 진행 면에서 결코 바람직했다고 말할 수는 없겠다.

II. ICTY, ICTR의 공소장 인가절차

1. ICTY, ICTR의 관할권 및 검사의 넓은 재량권

ICTY, ICTR을 비롯한 각종 국제형사법원 설립에 대한 강력한 요구

79) IMTFE 설립 당시 11개 서명국 대부분이 일본 전범 재판을 미국이 주도해서는 안되고 연합국 전쟁범죄조사위원회와 연합국 각국 정부의 공동책임하에 중앙검찰기관을 설립하여 수사를 진행한 후 기소할 전범 명단을 확정해야 한다는 의견이었다. 그러나 미국 Harry Truman 대통령이 영국 수상 Clement Attlee에게 미국과 영국이 아시아에서 이익을 얻고 아시아에서의 세력권을 소련에게 빼앗기지 않으려면 반드시 미국이 일본 전범 재판을 주도해야 한다고 설득하였고 이에 Attlee가 나머지 9개국을 설득한 결과 미국 주도로 IMTFE 초안이 마련되었다; 황허이(백은영 譯), 도쿄 대재판 (예담, 1999), pp.114-116.

80) IMTFE 헌장 제8조;

a. Chief of Counsel. The Chief of Counsel designated by the Supreme Commander for the Allied Powers is responsible for the investigation and prosecution of charges against war criminals within the jurisdiction of this Tribunal, and will render such legal assistance to the Supreme Commander as is appropriate.

81) N. Bolister & R. Cryer, *The Tokyo International Military Tribunal : A Reappraisal* (Oxford University Press, 2008), p.73.

는 1990년대 초 냉전 체제가 급속히 붕괴되고 인권주의가 강조되면서 다시금 등장하였다. 그 무렵 구 유고연방공화국에서 발생한 대량학살, 감금, 강간 등 이른바 ‘인종청소(ethnic cleansing)’는 유엔을 비롯한 국제사회의 공분을 샀다. 이에 안보리는 1993. 2. 22. 결의 제808호⁸²⁾로 유고 내전시 자행된 국제인도법의 중대한 위반행위를 처벌하기 위한 국제재판소 설치를 결정하였고, 1993. 5. 25. 결의 제827호⁸³⁾에 기해 ICTY를 설립하였다. 그리고 후투족과 투치족의 대립이 집단학살 사태로 이어진 르완다에는 1994. 11. 8. 안보리 결의 제955호⁸⁴⁾에 기해 ICTR을 설립하였다. ICTY에 대해 IMTN 재판과 마찬가지로 ‘선택적 정의(selective justice)’에 불과하다는 비난도 있었지만, ICTY는 승자의 재판이 아닌 국제공동체가 공정한 사법절차에 따라 중대한 범죄를 저지른 개인을 재판한다는 점에서 종전보다 진일보한 재판소 형태였고, 이후 ICC를 비롯하여 ICTR, STL, SCSL 등 다수의 국제재판소에 선례를 제공하였다.

ICTY는 출범 초기 영미의 당사자주의가 대륙법계 직권주의보다 피고인(피의자)의 권리 보호에 더 적합하다는 인식하에 당사자주의 소송구조를 기본으로 채택하였다. 대륙법계 국가에서와 같은 수사판사 제도를 취하지 않고 독립된 검사가 수사 및 소추를 하도록 한 것도 당사자주의적 요소의 대표적인 예이다. 검사의 수사상 재량권은 IMTN, IMTFE에서보다 훨씬 강화되었다.⁸⁵⁾ 안보리에 의해 임명되는 ICTY, ICTR 검사는 당사국이나 다른 기관으로부터 간섭받지 않고 독립적으로 수사, 공소제기·유지 등의 업무를 수행한다.⁸⁶⁾ 또한 검사 직권에 의하여(*ex officio*) 또는 정부, 유엔기관, 정부간기구, 비정부간기구 등 어떠한 곳에서든 정보

82) UN Doc. S/RES/808 (22 February 1993).

83) UN Doc. S/RES/827 (25 May 1993).

84) UN Doc. S/RES/955 (8 November 1994).

85) A. Cassese, *International Criminal Law* (Oxford University Press, 2013), p.369.

86) ICTY, ICTR 각 규정 제16조 제2항.

를 획득하여 수사를 개시할 수 있다.⁸⁷⁾ 피해자나 정부, 유엔기관, 국제기구, NGO는 검사에게 정보와 주장을 제공할 수 있을 뿐 고소·고발권이거나 공소권은 인정되지 않았다.

이처럼 ICTY, ICTR 검사에게 수사 및 공소제기에 있어 상당히 넓은 재량을 인정하고 특히 수사 개시와 관련한 결정을 오로지 검사에게 맡겨 둔 이유는 분명하지 않다. 아마도 안보리는 구 유고연방에서 자행된 범죄와 관련한 정보와 자료를 이미 충분히 확보하고 있어 검사 이외의 제3자에게 공소권을 인정하는 것은 불필요할 뿐만 아니라 만약 그럴 경우 크게 중요치 않은 범죄에 대하여도 재판이 개시될 수 있고, 특히 국가에게 공소권을 인정하면 국제형사재판이 정치적으로 이용될 우려가 있음을 고려한 것으로 보인다. 이 점은 SCSL, STL도 마찬가지이다. 거기에다가 이러한 특별재판소는 시간적으로나 장소적으로 대단히 제한적인 관할권을 행사하고⁸⁸⁾ 예정된 역할을 다한 후 폐쇄될 예정인 임시적인 재판소로서 당해 사건의 종결이 최종 목적이고 또 그와 동시에 재판소의 기능도 다하기 때문에 굳이 수사나 공소제기에 있어 검사의 재량권 행사를 엄격하게 통제할 필요도 없었을 것이다.

ICTY 검사의 광범위한 수사상 재량권 행사는 북대서양조약기구(North Atlantic Treaty Organization, 이하 ‘NATO’라 한다)군의 1999. 3. 24. 구 유고연방 공습 사건⁸⁹⁾에서 확연히 드러났다. 위 사건 발생 이후

87) ICTY 규정 제18조, ICTR 규정 제17조 제1항.

88) 각 정식 영문 명칭에서 보는 바와 같이 ICTY는 시간적으로 1991. 1. 1. 이후에 발생한 범죄를, 장소적으로는 육상, 영공, 영해를 포함한 구 유고슬라비아사회주의 연방공화국의 영역에서 발생한 범죄에 대하여 관할권을 행사한다. ICTR은 1994. 1. 1.부터 그해 연말까지 르완다 영역에서 벌어진 제노사이드와 기타 중대한 국제인도법 위반행위, 즉 제노사이드, 인도에 반하는 죄, 제네바협약 공통 제3조 및 제2 추가의정서 위반행위에 책임 있는 자와 인접국가에서 벌어진 같은 행위에 책임 있는 르완다인을 처벌한다.

89) 1998. 3. 초 코소보의 알바니아 분리주의 반군이 세르비아 경찰을 공격한 사건을 계기로 세르비아의 알바니아계 주민들을 상대로 이른바 대규모 인종청소작전이 시작되자, 미국과 유럽연합은 1998. 6. 코소보 사태에 대한 개입을 선언, NATO 병력을 코소보 주변에 배치하고 코소보로부터의 세르비아 병력 철수, 잔혹한 인종청소 중단을 촉구하였다. 그러나 세르비아와의 협

다수의 국제인권단체와 학계로부터 NATO군이 공습 과정에서 민간인을 공격하는 등 국제인도법을 중대하게 위반하였으므로 ICTY 규정 제18조 제1항, 제4항에 따라 책임자를 기소하여야 한다는 주장이 제기되었다.⁹⁰⁾ 이에 ICTY의 Louise Arbour 검사는 1999. 5. 검찰에 실무그룹을 설치하여 NATO군이 코소보나 세르비아 내에서 ICTY 관할범죄를 범하였는지 여부를 검토하도록 지시하였고, 이에 수사관들은 기소 의견으로 보고하였다. 비록 후임인 Carla Del Ponte 검사가 민간인이나 불법적인 군사 목표물에 대한 고의적인 공격은 없었다는 이유로 수사를 개시하지 않았으나,⁹¹⁾ 위 사건은 미국을 비롯한 서방국가의 위법한 행위도 수사 및 기소의 대상이 될 수 있음을 여실히 보여준 예였다. 더군다나 발칸반도의 전쟁범죄를 처벌하여야 한다는 미국의 적극적인 주장과 기여에 따라 설립된 ICTY가 도리어 미국의 정치·군사 지도자를 수사하고자 한 것은 미국에게 국제형사재판이 자국의 이익에 반할 수 있음을 각인시켰다. 결국 위 사건은 향후 미국이 ICC 검사의 수사 및 기소에 대한 권한을 반드시 통제하여야 한다는 강경한 입장으로 발전하게 된 직접적인 계기가 되었다.

2. ICTY, ICTR의 공소장 인가절차 내용

여기서 주목할 점은 검사의 수사상 재량권 행사에 대해서는 사법적

상이 모두 실패로 끝나자, NATO군은 1999. 3. 24. ‘세르비아계를 내보내고, 평화유지군이 들어가고, 난민들을 귀환시킨다(Serbs out, peacekeepers in, refugees back)’는 공식목표하에 코소보 지역을 비롯한 구 유고연방에 공습을 시작하였고, 공습은 1999. 6. 9.까지 이어졌다. 그러나 약천후와 인구가 밀집한 코소보의 지형적 특징 등으로 인하여 수많은 오폭이 발생하였고 4,500여명의 민간인 사상을 야기하였다.

90) ICTY, "Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia", <<http://www.icty.org/en/press/final-report-prosecutor-committee-established-review-nato-bombing-campaign-against-federal>> (2017. 6. 15. 최종 방문), paras.1-2.

91) *Ibid.*, p.35.

심사가 거의 이루어지지 않았지만, 공소제기에 관해서는 국제형사재판상 처음으로 사법적 심사절차가 도입되었다는 점이다. 그러나 ICC의 재판전 공소사실확인절차보다는 훨씬 느슨한 형태인데, ICTY, ICTR이 채택한 공소장 인가절차(Confirmation of an Indictment)가 ICC의 재판전공소사실확인절차와는 그 시간적 위치, 심리 방식, 입증기준 등에 있어 근본적인 차이가 있기 때문이다.

우선 ICC에서는 체포영장이 발부되어 피의자가 재판소에 최초출석한 이후 재판전공소사실확인절차가 진행된다. 그러나 ICTY, ICTR에서는 공소장 인가 이후에 체포영장이 발부되고⁹²⁾ 피의자의 최초출석 후에는 공판준비절차(Pre-Trial Proceedings)가 진행된다.⁹³⁾ 피의자의 신병이 확보되기 전에 공소장 인가절차가 진행되므로, 당연히 피의자가 위 절차에 출석하거나 참여할 여지는 없고 검사가 제출한 공소장과 유죄입증자료(supporting material)에만 기초하여 일방심리(*ex parte* hearing)로 진행된다.⁹⁴⁾ 물론 피해자의 참여도 인정되지 않는다. 그렇기 때문에 공소장 인

92) 재판장이 공소장을 인가할 때에는 검사의 신청에 따라 체포영장 등을 동시에 발부하는 것이 관례이다; 권오곤, "국제 형사재판과 한국 형사재판의 비교법적 고찰", 인권과 정의, vol.359 (2006), p.24.

93) ICTY, ICTR에서 공판준비절차는 공판을 준비하는 절차로서, 검사 측 증거를 피고인에게 개시하고, 재판관 또는 공소장의 흠결 등에 대한 본안전 항변(preliminary motions)에 대한 판단을 마친 다음, 다른 사건의 재판에서 인정된 사실을 확인하는 결정을 하고, 당사자로부터 각자의 주장 및 증거의 요지에 관한 공판 전 사건설명서(Pre-Trial Brief)를 제출받은 후 공판준비기일(Pre-Trial Conference)을 열어 공판을 시작하기 위한 최종정리를 하면 마무리된다. 그런데 ICTY 실무에서 전체 공판준비절차 단계 중 공판준비기일(Pre-Trial Conference)이 차지하는 비중이 높은 편은 아니다. 오히려 공판준비기일 이전에 법정 외에서 진행되는 증거개시, 다른 사건에서 인정된 사실에 대한 확인 결정, 공판 전 사건설명서의 제출과 교환이 공판준비절차 단계 전체로 보아 더 중요한 절차라 할 수 있고, 당사자 특히 피고인은 이런 절차를 통해 공판을 준비할 수 있는 실질적인 기회를 제공받는다; 송영승, "구 유고국제형사재판소의 공판중심주의", 법원행정처, 국제규범의 현황과 전망 : 2014년 국제규범연구반 연구보고 및 국제회의 참가보고 (2016), pp.226, 227, 237-238.

94) ICTY 규정 제19조 제1항, ICTR 규정 제18조 제1항. 예외적으로 재판관이 검사의 요청에 의하여 자신의 사무실에서 수석 검사나 그 지휘를 받는 검사를 만나는 경우가 있고, 때로는 재판관 직권으로 검사에게 석명을 구하기 위하여 검사를 부르는 경우도 있다. 그 어느 경우이나 사무국의 기록 담당 직원(court-deputy)이 참석하여 회의록을 작성한다; 권오곤, *supra* note 92, p.24.

가를 위한 입증기준도 상대적으로 낮을 수밖에 없다. 1심재판부(Trial Chamber)는 '*prima facie* case(피의자 측이 반박하지 않은 상태에서 보았을 때 유죄로 인정할 만한 충분한 근거가 될 수 있다고 믿을 만한 증거가 있는 사건, 즉 일응 증거가 확실하여 반증이 없으면 유죄가 선고될 사건)'라고 판단하면 공소장을 인가한다.⁹⁵⁾ 이때 검사는 당해인이 재판소 관할 범죄를 범하였다고 믿을 만한 '합리적인 근거를 형성하는 충분한 증거(sufficient evidence providing reasonable grounds)'가 있음을 입증하여야 한다.⁹⁶⁾ 재판관은 ① 검사에게 공소사실 중 전부 또는 일부를 입증할 추가 증거 제출을 요구하거나, ② 공소를 모두 인가하거나, 또는 ③ 모든 공소를 기각하거나, ④ 검사의 공소장 변경을 위하여 결정을 연기할 수 있다.⁹⁷⁾ 재판부는 위 절차를 미국의 대배심 제도나 영국의 공판회 부판사(committing magistrate) 내지 대륙법계 국가의 수사판사(*juge d'instruction*) 제도와 유사하다고 본다.⁹⁸⁾

95) ICTY *Prosecutor v. Kordić et al.*, "Decision on the Review of the Indictment", IT-95-14-1, 10 November 1995, Judge Gabrielle Kirk McDonald, para.3.

96) ICTY 규정 제19조 【Review of the indictment】

1. The judge of the Trial Chamber to whom the indictment has been transmitted shall review it. If satisfied that a *prima facie* case has been established by the Prosecutor, he shall confirm the indictment. If not so satisfied, the indictment shall be dismissed.

ICTR 규정 제18조 【Review of the Indictment】

1. The judge of the Trial Chamber to whom the indictment has been transmitted shall review it. If satisfied that a *prima facie* case has been established by the Prosecutor, he or she shall confirm the indictment. If not so satisfied, the indictment shall be dismissed.

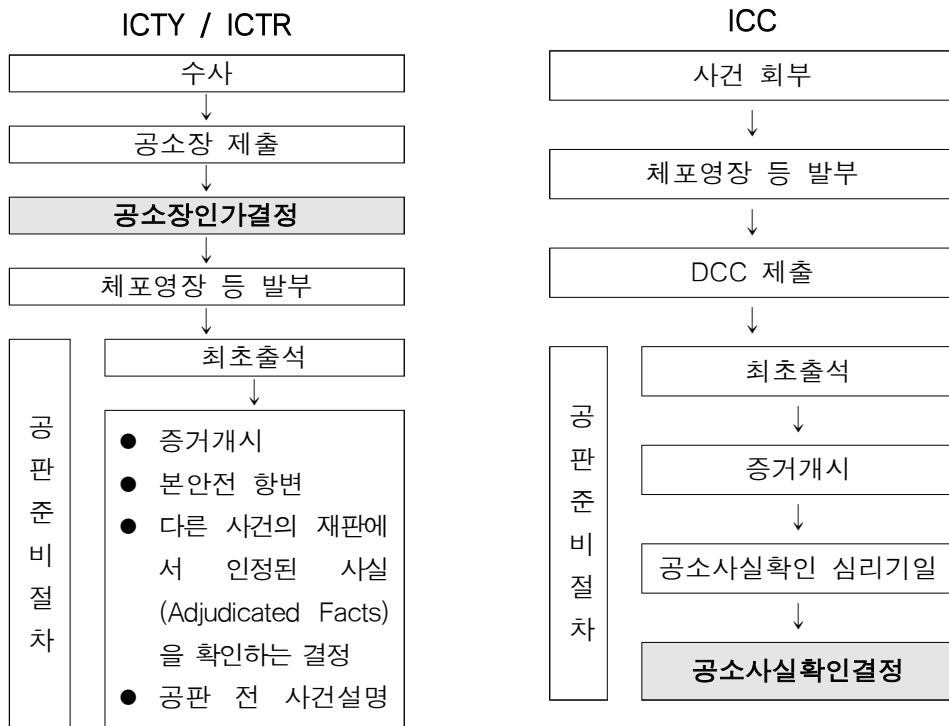
ICTY 절차및증거규칙(IT/32/Rev.50, 8 July 2015) 제47조(= ICTR 절차및증거규칙 제47조) 【Submission of Indictment by the Prosecutor】

(A) An indictment, submitted in accordance with the following procedure, shall be reviewed by a Judge designated in accordance with Rule 28 for this purpose.

(B) The Prosecutor, if satisfied in the course of an investigation that there is sufficient evidence to provide reasonable grounds for believing that a suspect has committed a crime within the jurisdiction of the Tribunal, shall prepare and forward to the Registrar an indictment for confirmation by a Judge, together with supporting material.

97) ICTY 절차및증거규칙 제47조 제F항.

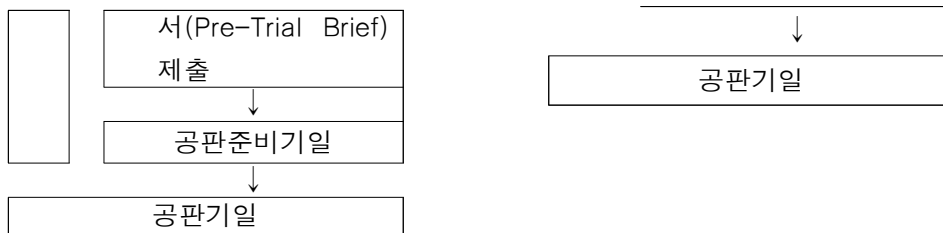
2016. 8. 2.을 기준으로 ICTY에 기소된 피의자 총 161명 중 공소장
인가 단계에서 공소 자체가 기각된 예는 없다.⁹⁹⁾ 공소장 제출 후 빠르면
당일, 적어도 30일 이내에 공소장인가 결정을 내린다. ICTR의 경우도 크
게 다르지 않다. 이처럼 ICTY, ICTR에서 공소장 인가절차는 재판부가
검사의 공소권 행사를 ‘감독(review)’한다기보다 그저 ‘확인(screen)’하는
정도의 목적으로만 운영되고 있고, 전체 절차상으로 보더라도 큰 비중을
차지하지 않는다.¹⁰⁰⁾



98) *ICTY Prosecutor v. Kordic et al*, *supra* note 95, p.3; *ICTY Prosecutor v. Milosevic et al*, "Decision on Review of Indictment and Application for Consequential Orders", IT-99-37-I, 24 May 1999, Judge David Hunt, para.2.

99) 다만, 20명에 대하여는 검사가 재판 도중 공소사실을 철회하였다; <<http://www.icty.org/en/cases/key-figures-cases>> (2017. 6. 15. 최종 방문)

100) G. Sluiter, *et al*, *International Criminal Procedure: Principles and Rules* (Oxford University Press, 2013), p.398.



【표 1】 ICTY, ICTR과 ICC의 공판전절차의 시간적 순서

3. ICTY 절차및증거규칙의 개정 : 당사자주의적 소송구조에서 직권주의적 소송구조로의 변화

ICTY, ICTR 규정은 소송절차의 세부적인 부분에 대해서까지는 규율하지 않았고, 대신 재판관들에게 절차및증거규칙을 제정할 권한을 부여하여 그들로 하여금 구체적인 소송절차를 규정하도록 하였다.¹⁰¹⁾ 재판관들은 절차및증거규칙을 제정하는 과정에서 미국 법무부 측 제안을 대폭 수용하였다. 이에 따라 ICTY, ICTR 절차및증거규칙에는 재판관이 마치 심판(referee)의 지위에서 재판을 진행하고 당사자들이 제출하는 증거도 기소 이후에 법정에서 비로소 제출·조사하도록 규정되었다.¹⁰²⁾ 이러한 당사자주의적 소송구조하에서 검사는 범죄혐의를 뒷받침하는 증거에 대한 기재나 설명 없이 공소사실만 매우 포괄적이고 광범위하게 기재되

101) M. A. Fairlie, "The Marriage of Common and Continental law at the ICTY and its Progeny, Due Process Deficit", *International Criminal Law Review*, vol.4 (2004), p.270.

102) A. Cassese, "Statement by the President made at a Briefing to Members of Diplomatic Missions, 11 February 1994" in V. Morris & M. P. Scharf(ed.), *An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, vol.2 (Transnational Publishers, 1995), p.650.

어 있는 공소장을 제출하였고, 1심재판부는 피의자 측의 다툼이 없는 한 재판부 직권으로 공소사실을 수정하는 것은 본연의 역할이 아니라고 보아 거의 모든 사건에서 검사가 제출한 공소장을 그대로 인가하였다.¹⁰³⁾ 그러나 결과적으로는 최초출석 이후 수차례 공소장 변경이 이루어질 수밖에 없었고, 그때마다 피의자 측으로부터 이의가 제기되면서 재판절차는 매우 장기화되었다.¹⁰⁴⁾ 공소장 인가기준인 ‘*prima facie case*’의 판단 기준이 상대적으로 낮은데다 1심재판부가 공소장 인가절차에서 ‘재판이 가능할(trial-ready)’ 정도로 사건이 준비되어 있을 것을 요구하지 않은 점이 원인으로 지적되었다.¹⁰⁵⁾ 증거개시절차가 공소장 인가 후 공판절차 중에 진행됨에 따라 증거개시에 지나치게 많은 시간과 비용이 소요되는 것도 문제였다. 이러한 제반 문제를 극복하기 위해서는 재판부가 보다 적극적인 역할을 수행하고 엄격한 공소장 심사가 이루어져야 한다는 주장이 제기되었다.¹⁰⁶⁾

이러한 주장을 받아들여 ICTY는 1998. 7. 10. 절차및증거규칙 개정을 통해 재판부가 재판 개시 이전에 사건기록을 파악하여 절차를 효율적으로 관리·통제할 수 있는 제도적 장치를 도입하였다.¹⁰⁷⁾ 우선, 사건을 배당받은 재판부는 피고인의 최초출석기일로부터 7일 이내에¹⁰⁸⁾ 준비절차 중심

103) H. Kuczyńska, *supra* note 17, pp.126-127.

104) O. Fourmy, "Powers of the Pre-Trial Chambers" in A. Cassese(ed.), *The Rome Statute Of The International Criminal Court: A Commentary*, vol.I (Oxford University Press, 2002), p.1211. 일례로 *Simić et al.* 사건에서는 1995. 7. 21. 공소장이 인가된 이후 5회에 걸친 공소장 변경 끝에 무려 7년이 지난 2002. 5. 30.에야 최종 공소장이 인가되었다; *ICTY Prosecutor v. Blagoje Simić, Miroslav Tadić, Simo Zarić*, IT-95-9.

105) UN Interregional Crime and Justice Research Institute, *ICTY Manual on Developed Practices* (2008), pp.39-40, para.18.

106) M. C. Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, 2nd ed. (Martinus Nijhoff Publishers, 2013), pp.625-626.

107) ICTY 절차및증거규칙 IT/32/Rev.13 (9, 10 July 1998).

108) ICTY 절차및증거규칙 IT/32/Rev.13으로 개정시에는 특별한 기간 제한이 없었으나, 이후

재판관(Pre-Trial Judge)을 별도로 지명하여 재판부의 감독 아래 당사자의 의사소통을 조정하고, 공정·신속한 재판 준비에 필요한 조치를 취하도록 하였다.¹⁰⁹⁾ 또한 본안전 항변에 대한 판단이 모두 확정된 후 검사 측에 공판준비기일로부터 6주 전까지 공판 전 사건설명서(Pre-Trial Brief) 및 증거 목록을 제출하도록 하고, 피고인에게는 늦어도 공판준비기일 3주 전까지 공판 전 사건설명서를 제출하도록 하였다.¹¹⁰⁾ 나아가 공판 개시 전에 공판준비기일(Pre-Trial Conference)을 열어 본안심리를 담당하는 재판부가 준비절차 중심재판관의 준비절차 보고서(Pre-Trial Report)를 토대로 증인의 수 및 신문시간, 그 밖에 증거조사에 소요되는 시간 등을 정할 수 있도록 함으로써 소송당사자가 공판에 대한 자신의 입장을 정리하고 상대방의 입장과 주장·입증계획을 살필 수 있도록 하였다.¹¹¹⁾

이처럼 ICTY의 공판전절차는 실제 운영과정에서 재판의 신속과 효율을 위하여 당초 채택했던 당사자주의 모델에 직권주의적 요소를 강화한 모습으로 변모하였다.¹¹²⁾ 그리고 이와 같은 시행착오는 향후 ICC가 1심재판부 및 공판절차와 독립된 전심재판부 및 재판전공소사실확인절차를 두는 데 많은 영향을 끼쳤다.

IT/32/Rev.17(7 December 1999)에서는 '60일 이내'로 규정하였고, IT/32/Rev.20(4 May 2001)에서는 '7일 이내'로 기간을 단축하였다. 준비절차 중심재판관은 재판부의 다른 재판관들과 수시로 준비절차의 진행에 관한 긴밀한 의사소통을 유지하고, 필요에 따라서는 준비절차의 진행에 관한 합의를 한다.

109) ICTY 절차및증거규칙 제65조의3 제A항, 제B항.

110) ICTY 절차및증거규칙 제65조의3 제E항, 제F항.

111) ICTY 절차및증거규칙 제73조의2 제B항, 제C항.

112) 이태엽, "국제형사재판에 있어 재판의 공정성에 관한 연구", 법조, vol.56, no.1 (2007), pp.318-319.

제2절 ICC 재판전공소사실확인절차의 도입 과정

1954년 이후 냉전체제의 격화로 한동안 미뤄졌던 상설 국제형사재판소의 설립 논의가 1990년대 초에 다시 등장함에 따라 유엔은 1992년 ILC에 ICC나 기타 국제재판장치를 설립하는 문제를 심의하고 설립조약의 초안을 작성할 임무를 부여하였다.¹¹³⁾ 그 무렵 대부분의 국가들 사이에는 상설 국제형사재판소 설립에 대해서는 이미 공감대가 형성되어 있었고 다만 재판소가 실효적으로 운영되기 위해 재판소에게 어느 정도의 권한과 위상을 부여할 것인지에 대해 관심과 논의가 집중되었다. 상설 국제형사재판소는 필연적으로 국가주권에 제약을 가져오고 나라마다 역사적·정치적 평가를 달리할 수 있는 자국 내 범죄를 ICC가 처벌함으로써 자국의 이익이 침해되고 ICC 재판이 정치적인 수단으로 이용될 수 있다는 불안과 우려 때문이었다. 특히 국제사회의 경찰 역할을 자처해 온 미국은 해외 주둔 미군이 ICC에 의해 기소되고 처벌되는 것을 가장 우려하였다. 로마규정 채택과정에서 보충성의 원칙(rule of complementarity), ICC 관할범죄, 관할권 행사요건, 안보리의 역할, 제소장치(trigger mechanism), 특히 검사의 직권에 의한 수사권과 공소권 행사 여부 등에 관하여 각국 간 치열한 논쟁이 있었던 것도 이 때문이었다. 다른 국제형사법원과 달리 ICC에서 공판전절차만 전적으로 관장하는 재판부를 설치하여 재판전공소사실확인절차를 운영하게 한 것도 이러한 배경과 무관하지 않다.¹¹⁴⁾

113) UN Doc. A/RES/47/33 (25 November 1992); "Report of the International Law Commission on the work of its forty-fourth session", UN Doc. A/RES/48/31 (9 December 1993); "Report of the International Law Commission on the work of its forty-fifth session".

114) 로마규정 채택에 이르기까지 재판전공소사실확인절차와 관련한 규정의 변천 과정에 관하여

I. 1993년 ILC 초안

1993년 ILC 실무반(Working Group)이 처음으로 ILC에 제출한 규정 초안은 재판소 조직과 재판절차 면에서 지금의 ICC 모습과는 상당히 다르다. 예컨대, 재판소 기관을 재판 기능을 담당하는 재판부(Court), 행정 업무를 담당하는 사무국(Registry), 공소 제기 기능을 담당하는 소추부(Procuracy)¹¹⁵⁾로 구성하였다. 그리고 소추기관과 재판기관 사이에는 일종의 '여과장치(filter)'가 있어야만 소추기관이 정치적 고려 없이 독립적으로 공소권을 행사하여 재판소가 제대로 자리매김할 수 있다고 보았는데,¹¹⁶⁾ 그 역할을 소장단(Bureau)¹¹⁷⁾에 부여하였다. 그리하여 소장단에 행정적 권한 외에도 공소장 인가절차 결정을 비롯하여 수사 개시 허가, 체포영장 발부, 공판 전 구금 또는 석방 결정 등 공판전절차에 관한 광범위한 사법적 권한을 부여하였다.¹¹⁸⁾ 그러나 많은 국가들이 ICC의 관할권 성질 및 범위, 행사요건, 유엔 안보리의 역할, 제소장치, 보충성의 원칙 등 일련의 쟁점에 대해 유보적인 입장을 표했기 때문에 위 보고서

는 【부록 1】 ICC 재판전공소사실확인절차에 관한 규정 연혁 참고.

115) ILC 실무그룹(Working Group) 특별보고관(Special Rapporteur)은 공소권을 원고국(complainant State)에게도 인정하는 방안과 독립된 소추기관에만 인정하는 방안을 제시하였으나, 후자의 방안이 많은 지지를 받았다; Draft Statute of an ICC, "Report of the International Law Commission on the work of its forty-fifth session(3 May - 23 July 1993)", Official Records of the General Assembly, Forty-eighth session, Supplement No.10, vol.II(2) (1993), p.18, paras.75-76.

116) *Ibid.*

117) 1993년 ILC 회의시 재판소 소장과 제1, 2 부소장으로 구성된 소장단을 'Bureau'라 칭하였다(1993년 ILC 초안 제10조 제3항). 이후 1994년 ILC 초안에서는 'Presidency'라는 명칭으로 변경하였다(1994년 ILC 초안 제5조 제a항).

118) Draft Statute of an ICC, *supra* note 115, p.112, para.6; "Revised Report of the Working Group on the Draft Statute for an ICC", A/CN.4/L.490, L.490/Add.1 (19 July 1993).

는 제45차 ILC 회기에서 공식적으로 채택되지는 않았다.

II. 1994년 ILC 초안

ILC는 이후 1993년 규정 초안을 수정·보완하는 작업을 계속 진행하였고, 그 결과 60개 조문과 부속서, 주석서로 구성된 수정초안(이하 '1994년 ILC 초안'이라 한다)이 제46차 ILC 회기 중 채택되어 1994년 유엔 총회 보고서 내에 포함되었다. ILC는 이 보고서에서 위 초안을 좀더 심의하여 ICC 설립협정을 체결하기 위한 전권대표회의를 개최할 것을 권고하였다.

1994년 ILC 초안은 기본적으로 영미법계 당사자주의의 영향을 많이 받았다.¹¹⁹⁾ 오로지 검사에게 독점적인 수사권과 공소권을 인정한 것이 그 예이다.¹²⁰⁾ 다만 그에 대한 제어수단이 없었던 것은 아니었다. 어떤 사건이 ICC의 관할범위에 해당하고 재판적격성을 충족하였는지를 결정하기 위해 검사가 공소장과 유죄입증자료를 사무국장(Registrar)에 제출하면 '소장단(Presidency)'이 '*prima facie* case'가 있는지 여부를 심사하도록 하였다.¹²¹⁾ 그리고 피의자의 출석이나 피의자에 대한 통지 없이, 그리고 피의자의 주장, 항변에 대한 판단 없이 공소장 인가 여부를 심리한다.

119) Ad Hoc Committee on the Establishment of an ICC, "Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an ICC", UN Doc. A/50/22 (6 September 1995), p.130.

120) Draft Statute of an ICC, "Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session(2 May - 22 July 1994)", Official Records of the General Assembly, Forty-ninth session, Supplement No.10, A/CN.4/SER.A/1994/Add.1(Part 2) (1994), Commentary to Art.26, p.46, para.1.

121) *Ibid.*, Art.27(1), (2), p.47. 주석서에서는 이때 '*prima facie* case'는 '피의자가 이의하지 않는 한, 유죄를 선고하기에 충분한 근거가 되는 믿을 만한 사건[a credible case which (if not contradicted by the defence) be a sufficient basis to convict the accused on the charge)]'이라고 설명한다; *Ibid.*, Commentary to Art.27, p.48, para.1.

그러면서도 공소장 인가절차가 피의자의 유무죄에 대한 예비 심사로 간주되어서는 절대 안된다고 강조하였다.¹²²⁾

ICTY, ICTR의 공소장 인가절차와 거의 유사한 형태의 공소장 심사절차가 규정된 배경을 이해하기 위해서는 ICC의 관할권 범위와 보충성의 원칙, 제소장치 등에 관한 논의과정을 살펴볼 필요가 있다. 1994년 ILC 초안 작성 과정에는 미국의 의견이 상당 부분 반영되었다. 초안 전문을 보면, ICC는 ‘국내 형사재판절차가 유용하지 않거나 효과가 없을 경우 국내형사재판제도를 보충하고자 한다’고 규정하여 보충성 원칙(rule of complementarity)을 천명하였다.¹²³⁾ 그리고 안보리가 달리 결정하지 않는 한, 안보리가 유엔헌장 제7장에 따라 평화에 대한 위협, 평화의 파괴, 침략행위로서 다루고 있는 상황에서는 어떠한 기소도 개시될 수 없다고 규정하였다.¹²⁴⁾ 위 각 규정은 많은 논란을 야기했는데, ICC 관할권 행사 요건이 충족된 경우에도 안보리가 해당 사태를 유엔헌장 제7장의 상황으로 다룸으로써 국가 동의 요건을 무력하게 할 수도 있기 때문이었다. 특히 안보리는 정치적 기관으로서 그 결정에는 5개 상임이사국의 찬성투표를 필요로 하기 때문에 ICC의 관할권 행사는 상임이사국의 의사에 따라 좌우될 여지가 많았다.¹²⁵⁾ 게다가 검사는 안보리나 ICC 당사국의 제소(complaint)¹²⁶⁾가 있어야만 기소할 수 있고,¹²⁷⁾ 이들 제소에 아무

122) *Ibid.*, p.48, para.4.

123) *Ibid.*, pp.26-27. ICTY, ICTR의 경우 위 각 재판소의 관할권이 국내법원보다 우위에 있었다(ICTY, ICTR 규정 제9조, 제10조). 보충성 원칙은 로마규정에서 특별히 채택된 개념으로 ICC 설립 논의 초기부터 이미 재판소 관할권의 기본 원칙으로 확립되어 있었다. 이는 국가주권과의 충돌을 피하여 많은 국가들로부터 지지를 확보하기 위한 방편이었는데, ICC가 국내법원에 보충적인 역할을 하며 국내법원이 우선적인 관할권을 가진다는 것을 핵심 내용으로 한다.

124) *Ibid.*, Commentary to Art.23(1), p.43.

125) 최태현, "국제형사재판소 설립에 따른 주요 법적 쟁점", 서울국제법연구, vol.3, no.2 (1996), p.48.

126) 공소권과는 구별되는 개념으로 국내 형사재판절차상으로는 고소 내지 고발에 가깝다.

127) Draft Statute of an ICC, *supra* note 120, Commentary to Art.23(1), Art.25(1), (2), pp.43, 45.

런 근거가 없다고 결정하지 않는 한 반드시 기소해야 한다고 규정함으로써¹²⁸⁾ 검사의 재량을 지나치게 축소하였다. 이처럼 미국은 ICC 사건 회부에 관한 안보리 결정에 거부권을 행사함으로써 자국민이 ICC에 제소되는 상황 자체를 방지할 수 있고 더군다나 검사가 안보리나 당사국의 회부 없이 직권으로(*proprio motu*) 수사를 개시할 수 없기 때문에 굳이 검사의 공소권 행사에 대한 사법적 심사를 강화할 필요는 없었다.¹²⁹⁾

결국 간단히 말하면, 1994년 ILC 초안은 유엔이 약 1년 전 설립한 ICTY의 상설재판소 버전인 셈이었다.¹³⁰⁾ 물론 ICTY에서는 검사의 직권에 의한 수사권과 공소권 행사를 인정하고 있다. 그러나 ICTY는 관할권 범위가 시간적·장소적으로 제한되어 있고 한시적 성격의 재판소였으므로 검사가 자의적으로 수사권과 공소권을 행사할 여지는 거의 없었다. 반면, ICTY에 비해 훨씬 광범위한 관할권을 상정한 상설재판소인 ICC에 대해서는 안보리와 당사국의 의사에 반해 사건이 회부될 수 없도록 하여 검사의 독자적인 권한 행사의 가능성 자체를 봉쇄하였다. 결과적으로 검사의 권한을 감독·통제할 필요가 없는 점에서는 ICTY와 ICC가 서로 다를 것이 없으므로 1994년 ILC 초안에서는 ICTY, ICTR의 공소장 인가절차를 거의 그대로 차용한 것이다. 소장단이 공소장을 심사한다는 점 외에는 ‘*prima facie case*’의 심사기준이나 피의자에 대한 통지 없이 비공개로 서면심리한다는 점 모두 ICTY, ICTR의 공소장 인가절차와 동일하다.

그런데 1993년 ILC 초안과 1994년 ILC 초안 사이에 눈에 띄는 차

128) *Ibid.*, Commentary to Art.26(1), p.46.

129) 1994년 ILC 초안 규정 제12조 제1항 중 ‘본 규정에 따른 수사요청에 책임을 진다 (responsible for the investigation of complaints brought in accordance with this Statute)’라는 문구는 이후 로마규정 제42조에서 ‘검찰은 재판소에 회부되는 관할범죄와 그 범죄에 관한 구체적 정보를 접수하며, 이를 조사하고 수사하여 재판소에 기소를 제기하는 데 대한 책임을 진다’로 수정되었다.

130) W. A. Schabas, *International Criminal Court*, 4th ed. (Cambridge University Press, 2011), p.26.

이가 있다면, 1994년 ILC 초안에서는 재판부를 1심재판부(Trial Chamber), 상소심재판부(Appeals Chamber) 그리고 '그 밖의 재판부(other Chambers)'로 세분하였다는 것이다.¹³¹⁾ 하지만 '그 밖의 재판부'라는 이 애매모호한 명칭의 재판부를 지금 전심재판부의 전신으로 볼 수는 없다.¹³²⁾ 이는 당시 1993년 ILC 초안의 규정 체계가 소장단에 지나치게 권한이 편중된 형태인데다 재판소 운영과 행정을 책임지는 소장단이 수사절차와 공판전절차에서 사법적 판단을 내리는 것은 부적절하고 검사의 독립성을 침해할 우려가 크다는 비난이 제기됨에 따라 임기응변으로 설치한 것이었고, 실질적인 내용도 거의 없었기 때문이다.

III. 1995년 ICC 임시위원회

1994년 ILC 초안을 재심의하기 위해 설치된 ICC 임시위원회(Ad Hoc Committee on the Establishment of an ICC)는 1995년 두 차례의 회의를 열어 주요 쟁점에 대하여 심도 있는 토의를 거쳤다.

임시위원회에서 여러 대표단들은 1994년 ILC 초안이 소장단에게 공소장에 관한 광범위한 권한을 인정하여 검사의 독립성을 침해한다는 의견을 제시했다.¹³³⁾ 그 중 일부 대표단은 검사에게 직권으로 수사를 개시할 권한을 인정하되, 소장단이 검사 직권으로 개시한 수사와 기소에 대해 합리적인 심사를 할 수 있도록 한다면, 기소의 공정성과 실효성을 보장할 수 있고 검사와 소장단 사이의 권한 균형을 이룰 수 있다고 보았다.

131) Draft Statute of an ICC, *supra* note 120, Commentary to Art.5(b), p.29.

132) K. A. A. Khan, "Article 34: Organs of the Court", O. Triffterer(ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article-by-Article*, 2nd ed. (C.H. Beck/Hart/Nomos, 2008), p.592.

133) Ad Hoc Committee on the Establishment of an ICC, *supra* note 119, p.31, para.143.

한편, 공소장 인가기준에 관해서도 일각에서는 '*prima facie case*'이라는 표현이 불분명하고 주관적이라는 비판이 있었다.¹³⁴⁾ 또 다른 한편에서는 공소장 인가 기준이 공판절차를 정당화할 만큼 충분히 높아야 한다는 주장도 제기되었다.¹³⁵⁾ 위 쟁점은 공소장 인가를 위해 검사가 어느 정도의 증거 내지 정보를 제출하여야 하는지의 문제와도 연결되는데, 1994년 ILC 초안에서 요구된 정도보다 더 구체적인 정보를 포함하되, 수집된 증거가 많을 경우에는 요약본을 제출할 수 있도록 하자는 제안이 있었다.¹³⁶⁾

그리고 상당수의 대표단들이 공소장 인가에 앞서 피의자에게 공소사실에 대해 이의를 제기할 기회를 부여할지 여부와 공소장 인가 이전에 검사의 증거개시의무를 인정할지 여부에 관한 의견을 제시하였다.¹³⁷⁾ 피의자의 방어권을 충분히 보장하기 위해서는 범죄의 중대성을 감안하여 공개적인 '심리(hearings)'를 열어야 한다는 의견도 나왔다.¹³⁸⁾

IV. 1996년 ICC 설립준비위원회

1994년 ILC 초안을 기초로 그때까지의 논의와 규정안을 취합한 1996년 ILC 보고서를 축소·통합하는 작업을 맡게 된 1996년 ICC 설립준비위원회(Preparatory Committee on the Establishment of an ICC)에서

134) Ad Hoc Committee on the Establishment of an ICC, "Comments Received Pursuant to Paragraph 4 of the General Assembly Resolution 49/53 on the Establishment of an ICC", UN Doc. A/AC.244.1 (20 March 1995), p.23.

135) Preparatory Committee on the Establishment of an ICC, "Draft Report of the Preparatory Committee", UN Doc. A/AC.249/L.15 (23 August 1996), Art.27.

136) *Ibid.*

137) *Ibid.*

138) *Ibid.*

는 총 6개 회기가 열렸다. 그 중 1997. 8. 4.부터 같은 달 15.까지 열린 제4회 회기에서 보충성 원칙과 제소장치에 관한 논의가 집중되었다.

먼저 당사국이 ICC에 사건을 회부할 수 있어야 한다는 데에는 이론이 없었다. 반면, 안보리 상임이사국에게 ICC에 대한 강력한 영향력 행사를 인정하고 있는 1994년 ILC 초안 제23조 제3항에 관해서는 미국, 프랑스 등은 위 규정의 유지를 강력히 지지하였고, 보충성 원칙도 확대·강화할 것을 주장하였다. 그러나 냉전 이후 국제사회의 전반적인 분위기는 국제형사재판마저 안보리 중심으로 운영되는 것을 좌시할 수 없다는 것이었다.¹³⁹⁾ 안보리 상임이사국을 제외한 대부분 국가들에게 ICC의 설립은 곧 종래의 안보리 중심의 국제사회 운영에 대한 견제이자 도전이었다. 따라서 이들은 제23조 제3항을 삭제하고 검사가 독자적인 권한을 가지고 수사·기소할 수 있도록 하여 중대한 국제범죄를 처벌·억제하는 ICC의 기능을 강화할 것을 주장하였다. 그런데 ICC 검사에게 독립적인 수사권과 공소권을 인정하자는 주장도 검사가 직권으로 수사를 개시하되 재판관의 통제와 감독을 받도록 할 것인지 아니면 직권에 의한 수사개시요건 자체를 엄격하게 할 것인지, 그리고 재판관의 감독·통제의 정도도 검사의 업무수행의 적법성을 보장하는 데 그치는지 아니면 상당한 수준의 감독·통제권을 인정할 것인지 등에 관하여 의견이 나뉘었다.¹⁴⁰⁾ 더욱이 그 무렵 이루어진 ICTY, ICTR 절차및증거규칙 개정과 그간 축적된 국제형사재판 운영경험이 반면교사가 되어 대표단들은 신속하고 효율적인 재판을 위해 공판전절차를 완전히 새로 정비해야 한다는 데 의견을

139) P. Kirsch & D. Robinson, "Reaching Agreement at the Rome Conference" in A. Cassese(ed.), *The Rome Statute Of The International Criminal Court: A Commentary*, vol.I (Oxford University Press, 2002), p.69.

140) M. Bergsmo & F. Hargoff, "Article 42: The Office of the Prosecutor" in O. Triffterer(ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article-by-Article*, 2nd ed. (C.H. Beck/Hart.Nomos, 2008), p.629.

같이 했다.

그 결과 소장단은 행정 업무에만 집중하고 3인의 재판관으로 구성된 별도의 재판부가 공판전절차를 비롯한 제반 절차 문제를 관장하도록 하며, 공소장 심사시에도 기일을 열어 공개적으로 심리하자는 구체적인 제안이 본격적으로 등장했다.¹⁴¹⁾ 다만 이러한 재판부의 명칭이나 권한에 대하여 'Preliminary Investigations Chamber'(프랑스), 'Indictment Chamber'(오스트리아, 스위스, 아르헨티나 등), Pre-Trial Chamber'(일본), 'Investigative judge(네덜란드)' 등 각국별로 다양한 제안이 있었다.¹⁴²⁾ 그 중에서도 로마규정이 채택된 후 1999년경 진행된 ICC 설립준비회의(Preparatory Commission)에서 절차및증거규칙 제정 당시 논의의 기초가 되었던 프랑스의 'Preliminary Investigations Chamber' 제안과 오스트리아 등의 'Indictment Chamber' 제안을 살펴보면, 양자의 차이는 전자는 재판부 직권에 의한 공소사실 변경을 인정하지만¹⁴³⁾ 후자는 재판부

141) Preparatory Committee on the Establishment of an ICC, "Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an ICC", UN Doc. A/51/22, Supplement no.22, vol. I (1996), p.13, para.43, p.51, para.233.

142) Preparatory Committee on the Establishment of an ICC, "Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an ICC", UN Doc. A/51/22, Supplement no.22, vol. II(Compilation of Proposals) (1996), p.8. 그 중 프랑스의 제안과 오스트리아 등의 제안은 1996년 8월말 공개된 비공식그룹 보고서(Informal Group Report)에 포함되었다; "Report of the Informal Group on Procedural Questions, Fair Trial and the Rights of the Accused: Part 4, Investigation and Prosecution", UN Doc. A/AC.249/CRP.14 (27 August 1996), Art.27(2).

143) 프랑스 제안 제48조 제5항("Following the hearing and after deliberations, the Preliminary Investigations Chamber may: Confirm only part of the indictment and amend it, either by declaring the case inadmissible in part, for the reasons listed in article 35, if the Court has not already ruled on this issue, or by withdrawing certain charges deemed not sufficiently serious, or by giving some facts another characterization, in accordance with articles 27 to 32; Refuse to confirm the indictment."); Preparatory Committee on the Establishment of an ICC, "Working Paper Submitted by France to the Preparatory Committee on the Establishment of an ICC", UN Doc. A/AC.249/L.3 (6 August 1996), p.45; UN Doc. A/CONF.183/C.1/WGPM/L.1. 프랑스의 제안은 비록 최종적으로 채택되지는 않았지만, 다른 국가들로 하여금 공판전 단계에서 재판관에게 보다 적극적인 역할을 인정하여야 한다는 생각을 갖도록 한 계기가 되었다. 당시 ILC 위원이었던 Alain Pellet도 1996. 9. 17. 프랑스 국가인권위원회(French National

가 검사에게 추가 증거 제출을 요구할 수는 있지만 공소사실이나 법적 구성을 변경할 권한은 인정하지 않는다는 점에 있었다.¹⁴⁴⁾ 그러나 위 두 제안 모두 피의자에게 미리 공소장과 유죄입증자료를 교부하고 공소사실 심리의 일시와 시간을 통지하여 직접 공소사실을 다룰 수 있도록 하였다. 물론 1994년 ILC 초안의 유연한 방식을 선호한 국가도 있었다.¹⁴⁵⁾ 수사 및 공소제기 단계에서 재판부의 지나친 개입을 인정할 경우 검사의 재량과 독립성을 침해한다는 것이 이유였다. 1997년 설립준비위원회 내 절차문제에 관한 제4실무그룹(Working Group on Procedural Matters)에서도 많은 대표단들이 위와 같은 이유로 '감독적(supervisory)' 성격의 재판부 창설에 반대하였다.¹⁴⁶⁾

그러나 위 제안들은 각기 자국의 형사소송절차를 차용한 개별적인 규정들이어서 ICC의 수사절차와 공판전절차 전반을 통합적으로 규율하기에는 한계가 있었다. 절차문제에 관한 제4실무그룹도 효율적이고도 완전히 새로운 형태의 공판전절차를 도입하여야만 다양한 국내법체제를 대표하는 대표단들이 이를 수용할 수 있으리라고 보았다.¹⁴⁷⁾ 더군다나 안

Consultative Commission of Human Rights)에서 수사재판부(Investigative Chamber)가 전지전능한 검사의 권한 행사로 인한 우려를 불식시킬 것이라고 언급하였다; O. Fourmy, *supra* note 104, pp.1208-1210.

144) Preparatory Committee on the Establishment of an ICC, "Working Paper Submitted by Argentina on the Rules of Procedure to the Preparatory Committee on the Establishment of an ICC", UN Doc. A/AC.249/L.h6, R.61 (13 August 1996).

145) Preparatory Committee on the Establishment of an ICC, "Draft Report of the Preparatory Committee," UN Doc. A/AC.249/L.15 (23 August 1996), pp.5, 11, 23; F. Guariglia, "Article 56" in O. Triffterer(ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article-by-Article*, 2nd ed. (C.H. Beck/Hart/Nomos, 2008), pp.736, 737.

146) Preparatory Committee on the Establishment of an ICC, "Non-Paper: Supervision Chamber", United Kingdom, Non-Paper/WG.4/No.3 (5 August 1997), para.2.

147) 절차문제에 관한 제4실무그룹은 전심재판부는 피의자 출석 후 합리적인 기간 내에 공소사실 확인을 위한 심리기일을 열고, 심리 결과 'prima facie case'에 해당되면 피의자를 공판절차에 회부할 것을 제안하였다. 다만, 'prima facie case'라는 표현 대신 보다 분명한 다른 문구를 구상 중이라고 덧붙였다; Preparatory Committee on the Establishment of an ICC, "Working Group on Procedural Matters, Paper put forward by the Delegations of Argentina,

보리의 권한 범위나 검사의 직권에 의한 수사권과 공소권 인정 여부에 관하여 아무런 결론을 내지 못한 이상 공소장인가 방식에 대해서도 당연히 더 이상 논의의 진전을 볼 수 없었다. 결국 종전의 공소장인가규정을 거의 그대로 수용하되 절차의 주체만 소장단에서 '전심재판부(Pre-Trial Chamber)'로 바꾼 규정 내용으로 최종 통합초안(소위 'Zutphen 초안'이라 한다)이 마무리되었다.¹⁴⁸⁾

V. ICC 설립에 관한 유엔 전권외교회의

임시위원회와 설립준비위원회에서의 약 4년에 걸친 교섭 결과 각국 별로 다양한 이슈에 걸쳐 상당한 의견 차이를 보였고 과연 로마회의에서의 짧은 기간 내에 그 차이를 좁힐 수 있을 것인지 상당히 우려스러웠다. 설립준비위원회가 제출한 Zutphen 초안에는 각국이 제시한 1,400여 개에 이르는 이견조항(bracket)이 포함되어 있었다. 공소장 인가절차에 관해서도 공소장 심사기관,¹⁴⁹⁾ 공소장 인가 기준,¹⁵⁰⁾ 위 절차에서의 피의자의 권리 내용¹⁵¹⁾ 등에 관하여 여전히 의견의 일치를 보지 못했음을 알

Australia, Austria, Canada, France, Germany, Japan, Republic of Korea, Malawi, The Netherlands, South Africa, Sweden, the United Kingdom and the United States, proposing a framework for the fundamental stages of the criminal process of the Court", UN Doc. A/AC.249/WG.4/DP.36 (3 March 1998), p.2.

148) Zutphen Draft Statute for the ICC, "Report of the Inter-Sessional Meeting from 19 to 30 January 1998 in Zutphen", The Netherlands, UN Doc. A/AC.249/1998/L.13 (4 February 1998), pp.95-99.

149) *Ibid.*, p.95("2. The [Presidency] [Pre-Trial Chamber] shall examine the indictment...")

150) *Ibid.*("2. The [Presidency] [Pre-Trial Chamber] shalldetermine (a) whether [a *prima facie* case exists] [there is sufficient evidence that could justify a conviction of a suspect, if the evidence were not contradicted at trial] [there is strong evidence against the accused] with respect to a crime within the jurisdiction of the Court...")

151) *Ibid.*("2 ter. After the filing of an indictment, the Pre-Trial Chamber shall [in any case] [if the accused is in custody or has been judicially released by the Court

수 있다(【부록 1】 ICC 재판전공소사실확인절차에 관한 규정 연혁 중 ‘Zutphen 초안’ 란 참고). 더군다나 ICC 설립을 적극적으로 지지하는 국가들은 나름대로 1994년 ILC 초안의 내용을 보다 명확히 하고 구체화한 제안을 내놓은 반면, ICC 설립에 대해 소극적인 국가들은 거의 모든 초안 규정에 대해 반대의견을 제시한 형국이었다. 그 결과 ICC 설립에 관한 유엔 전권외교회의(United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an ICC, 이하 ‘로마회의’라 한다)에서는 문제되는 주요 규정을 중심으로 여러 국가 그룹이 형성되었다.

가장 조직화된 그룹은 우리나라를 비롯한 독일, 캐나다, 영국 등 60여개국으로 이루어진 소위 ‘유사입장그룹(Like-minded Group)’으로서 강력하고 실효적인 ICC 설립을 원했다. 검사의 독립성을 인정하여 검사가 직권으로 수사·기소할 수 있어야 하고, 1994년 ILC 초안 제23조 제3항의 안보리 ‘여과(filter)’ 규정은 삭제되어야 한다는 것이 위 그룹의 주된 주장이었다.¹⁵²⁾ NGO들 역시 강력한 재판소를 원했기에 검사에게 독립적인 지위를 인정할 것을 주장하였다. 위 그룹의 대척점에는 ICC의 설립을 저지하거나 그 권한을 약화시키려던 미국, 중국, 프랑스, 러시아, 즉 영국을 제외한 나머지 안보리 상임이사국 4개국이 있었다. 미국은 공식적으로는 ICC 설립을 지지하고 실제로도 상당한 기여를 했지만, 당시 Clinton 행

pending trial] notify the indictment to the accused...”)

152) 1994년 ILC 초안 제23조로 인해 실제로 어떤 문제가 단순히 안보리의 토의사항만 되더라도 ICC는 그 기능을 행사할 수 없게 되는 점, 상임이사국 국민은 ICC에서 재판을 받지 않게 될 가능성이 크고, 이는 상임이사국과 다른 국가 사이에 심한 불균형을 초래하게 되는 점, 안보리나 당사국에 의한 제소는 검사에게 부당한 압력으로 작용할 여지가 있고, 때로는 정치적인 이유로 비우호적인 국가의 국민만 선택적으로 제소할 우려도 있는 점 등을 근거로 ICC의 관할권 행사가 정치적인 성격을 띠 가능성이 많고 따라서 ICC의 독립성을 저해할 우려가 있다고 보았다. 한편으로는 타국민을 제소하는 것이 타국의 주권과 양국의 외교관계를 침해하는 것으로 보여 제소를 기피할 수도 있고 결과적으로 ICC에 회부되는 사건 수가 매우 적어질 수 있다는 점도 지적하였다; 최태현, *supra* note 125, pp.47-48.

정부 내에서는 미국의 사전 동의 없이 ICC가 자국민을 수사·기소하지 못하도록 하기 위한 통제장치를 강구하고 있었다. 당사국과 안보리의 제소에 의해서만 사건이 개시되도록 하고 검사 직권(*proprio motu*)에 의한 수사 개시와 공소제기에 반대했던 것도 이러한 정책의 일환이었다.¹⁵³⁾ 설립 당시부터 관할권 범위가 제한되어 있고 기소 대상 사건 및 피의자도 한정되어 있던 종전 국제형사법원과 달리, ICC에서 역사적·정치적 판단을 달리할 수 있는 사건에 관하여 검사가 아무런 제한 없이 기소재량권을 행사하는 것은 위험하다고 보았다.

그러나 ICTY, ICTR의 Richard Goldstone 검사나 그의 후임인 Louise Arbour 검사의 공정하고 투명한 공소권 행사는 위와 같은 우려를 불식시켰고, 로마회의의 비공개 교섭에서도 검사의 직권에 의한 수사권과 공소권 도입이 거의 기정사실로 되었다.¹⁵⁴⁾ 이를 그대로 두고 볼 수 없었던 미국은 입장을 바꾸어 검사가 직권으로 수사를 개시하고 기소할 수 있되 그 권한 행사를 철저히 감시·제한할 수 있는 감시 매커니즘으로서 전심재판부(Pre-Trial Chamber)를 운영할 것을 주장하였다.¹⁵⁵⁾ 그

153) D. Scheffer, "The United States and the International Criminal Court", *The American Journal of International Law*, vol.93, no.1 (1999), p.15. Henry Kissinger는 미국이 창설에 적극 기여하였던 ICTY의 검사가 NATO군의 코소보 폭격 사건에 대해 기소 여부를 검토했던 점을 적시하면서, ICC 검사의 권한이 아무런 견제를 받지 않고 자의적으로 행사되는 것은 국제형사소송 제도의 심각한 결함이라고 지적하였다; H. Kissinger, "The Pitfalls of Universal Jurisdiction", *Foreign Affairs*, vol.80 (2001), pp.93-94. Jack Goldsmith는 현실적으로 ICC 검사가 해외 파병된 미군 등에 대하여 자의적인 수사기소를 하게 된다면 ① 더 이상 미국의 인도적 개입(humanitarian intervention)을 기대하기 어려워지는 점, ② 미국 내 인권옹호 정책을 축소시킬 수 있는 점, ③ ICC에 대한 미국의 재정적 지원을 기대하기 어려워지는 점 등을 들어 오히려 국제적 인권 상황의 악화와 ICC의 활동 축소가 예상된다고 비판하였다; J. Goldsmith, "The Self-Defeating International Criminal Court", *University of Chicago Law Review*, vol.70, no.1 (2003), p.95.

154) 의장단(Bureau)은 1998. 7. 16. 다수의견을 반영한 최종안에서 검사에게 직권으로 사건을 개시할 권한을 인정하였다; Draft Statute of an ICC, UN Doc. A/CONF.183/C.1/L/76 and Add.1 to Add.14. (16 July 1998).

155) D. Scheffer, "A Review of the Experiences of the Pre-Trial and Appeals Chambers of the International Criminal Court Regarding the Disclosure of Evidence", *Leiden Journal of International Law*, vol.21 (2008), p.152.

리고 이후 남은 기간 동안 미국은 전심재판부의 검사에 대한 견제와 감시 기능을 강화하기 위해 총력을 다하였다.¹⁵⁶⁾

한편, 이후 최종 채택된 로마규정 제61조의 '믿을 만한 상당한 근거를 형성하는 충분한 증거(sufficient evidence to establish substantial grounds to believe)'라는 표현은 일부 국가들이 1998. 3. 16.부터 같은 해 4. 3.까지 열린 설립준비위원회 마지막 회기에서 제출한 '제58조 내지 제61조에 관한 추가 제안(Further options to Articles 58 to 61)'에서 처음으로 등장하였다.¹⁵⁷⁾ 공소사실확인에 앞서 피의자에게 공소사실과 이를 뒷받침하는 검사 측 증거를 제시하도록 하고 피의자의 출석권과 증거이의권을 인정하였다.¹⁵⁸⁾ 그리고 3명의 재판관으로 구성된 전심재판부가 증거를 실질적으로 평가하도록 하였다. 또한 '*prima facie*'라는 표현은 삭제하고 '믿을 만한 상당한 기준'이라는 표현을 사용하였다. 위 제안은 많은 대표단들의 지지를 얻어 로마회의의 마지막 날인 1999. 7. 17. 위 규정에 제8항, 제11항이 새로 추가된 점 외에 원안 그대로 채택되었다.

VI. 전심재판부의 창설과 재판전공소사실확인절차의 채택

2002. 7. 17. 최종 채택된 로마규정의 전심재판부에 관한 규정은 일

156) P. Kirsch & D. Robinson, *supra* note 139, p.76.

157) UN Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an ICC, "Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an ICC(15 June - 17 July 1998), Draft Statute for the ICC, Further options to Articles 58 to 61", UN Doc. A/CONF.183/2/Add.1, (14 April 1998), pp.93-98.

158) UN Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an ICC, "Paper put forward by the Delegations of Argentina, Australia, Austria, Canada, France, Germany, Japan, Korea, Malawi, the Netherlands, South Africa, Sweden, the United Kingdom, and the United States, proposing a framework for the fundamental stages of the criminal process of the Court to the Working Group on Procedural Matters", UN Doc. A/AC.249/1998/WG.4/DP.36 (27 March 1998), p.2.

종의 절충안이었다. ICTY, ICTR과 같이 재판소나 당사국, 안보리로부터 독립된 소추기관을 두고 검사에게 독자적인 수사권과 공소권을 인정하는 대신 전심재판부로 하여금 검사 직권에 의한 수사 개시를 허가하고 재판 전공소사실확인절차를 통해 공소제기의 타당성을 감시하도록 하였다.¹⁵⁹⁾ 그 외에도 관할권이나 재판적격성에 대한 결정과 체포영장의 발부 등 수사에 필요한 명령을 내리고, 임시석방, 증거보전조치, 피해자 및 증인의 보호, 국가안보 정보의 보호, 당사국의 협력 확보 등에 있어 권한을 행사한다.

다른 측면에서 보자면, 다양한 법체제의 장점을 고루 통합하고자 했던 로마규정 초안자들의 노력의 산물이기도 했다. 전심재판부는 당사자주의의 영향을 많이 받긴 하였으나, 영미법계 당사자주의적 요소와 대륙법계 직권주의적 요소를 고루 갖추고 있다. 영국, 미국 등 영미법계 국가에서는 소추기관이 직권으로 또는 고소에 의해 공소를 제기하고 판사는 재판 개시 전까지 절차에 관여하지 않는 데 반해, 프랑스, 독일, 이탈리아 등 대륙법계 국가에서는 재판 전 단계부터 수사판사나 검사가 수사를 지휘하여 피의자의 유무죄 관련 증거를 수집하고 공소를 제기한다. 그런데 ICC에서는 전심재판부가 공판전절차부터 개입하여 수사와 공소제기에 근거가 있는지 심사하고 공판절차를 준비하는데, 그 구체적인 심리 방식에 있어서는 영미법계 당사자주의에서 발달한 증거개시절차를 운영하고 대심적 소송구조로 심리를 진행하는 것이다.

최종 채택된 재판전공소사실확인절차에 관한 로마규정 제61조에서는 전심재판부가 피의자의 인도 또는 자발적 재판소 출석 후 합리적인

159) 2002년 안보리 회의에서 피지 대표단은 "우리는 ICC 전심재판부와 상소심재판부의 재판관들에 의해 악의적이고 부당한 주장이나 체소가 걸러질 것이라고 굳게 믿는다. 이러한 매커니즘은 정치적으로 편향된 주장으로부터 재판소의 엄격성과 공정성을 보호할 수 있다"고 하였다. UN Doc. S/PV.4568 (10 July 2002).

기간 내에 검사가 재판을 구하고자 하는 공소사실을 확인하기 위한 심리를 행하도록 하였다(제61조 제1항). 나아가 피의자는 심리 전에 검사가 그를 재판에 회부하려는 공소사실을 기재한 문서의 사본을 제출받고, 검사가 심리에서 근거로 삼고자 하는 증거를 통지받는다(제61조 제3항). 후자의 목적을 달성하기 위해 전심재판부는 심리 목적으로 정보의 공개에 관하여 명령을 내릴 수 있다(제61조 제3항). 심리 과정에서는 검사가 '피의자가 기소대상인 범죄를 범하였다고 믿을 만한 상당한 근거를 형성하는 충분한 증거로써(with sufficient evidence to establish substantial grounds to believe that the person committed the crime charged)' 각 공소사실을 증빙하여야 한다. 이는 공소사실 확인을 위한 입증기준이 좀더 명확해야 한다는 일부 국가들의 요구를 받아들인 것으로 보이나,¹⁶⁰⁾ 그 기준이 '*prima facie* case' 기준보다 높은 것인지에 대해서는 아무런 언급이 없다. 그리고 검사는 서면 증거 또는 약식 증거에 의존할 수 있으며, 공판절차에서 증언할 것으로 예상되는 증인을 소환할 필요는 없다(제61조 제5항). 이에 대응하여 피의자는 공소사실을 부인할 수 있고, 검사 측 증거에 대하여 이의를 제기할 수 있으며, 증거를 제출할 수도 있다(제61조 제6항).

한편, 공소사실확인에 있어서 전심재판부의 권한은 로마회의에서 일부 국가들이 주장한 것보다 축소되었다. 즉, 전심재판부는 심리를 근거로 피의자가 기소대상인 각각의 범죄를 범하였다고 믿을 만한 상당한 근거를 형성하는 충분한 증거가 있는지를 결정하는데, 그 결정에 근거하여 전심재판부는 ① 충분한 증거가 있다고 결정한 관련 공소사실을 확인하고, 확인된 공소사실에 대한 재판을 위하여 피의자를 1심재판부에 회부하거나, ② 증거가 불충분하다고 결정한 공소사실에 대하여는 확인을 거

160) UN Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an ICC, *supra* note 158, p.2.

절하고, 아니면 ③ 심리를 연기하고 검사에게 ④ 특정한 공소사실과 관련하여 추가 증거를 제출하거나 또는 추가 수사를 행할 것, 또는 ⑤ 제출된 증거가 재판소의 다른 관할범죄를 구성하는 것으로 보이므로 공소사실을 수정할 것을 요청할 수 있다(제61조 제7항). 그리고 전심재판부가 직권으로 증거를 수집하거나 공소사실을 변경할 권한은 부여하지 않았다.

앞서 본 바와 같은 로마규정 논의 과정이나 최종 채택된 로마규정의 내용을 종합하면, 전심재판부에게는 재판전공소사실확인절차를 통해 검사의 공소제기의 당부를 판단하여 검사의 수사권과 공소권 행사를 감독하고 통제하는 역할이 기대되었고, 전통적인 대륙법계 법체제의 '수사판사(investigating judge)'와 같은 적극적인 역할이 부여된 것은 아니었다.¹⁶¹⁾ 이러한 로마규정 초안자들의 의도는 로마규정과 절차및증거규칙에 보다 상세하게 드러나 있으므로, 재판전공소사실확인절차의 전반적인 내용에 대해 살펴볼 필요가 있다. 아래에서는 우선 재판전공소사실확인절차의 제도적 의의에 대해 설명한 뒤, 위 절차의 심리구조를 공소사실확인 심리기일 전까지의 절차와 심리기일에서의 절차, 크게 둘로 나누어 살펴본다. 그리고 이러한 심리를 바탕으로 전심재판부가 어떠한 입증기준을 갖대로 하여 결정을 내리는지 살펴보기로 한다.

161) M. Miraglia, "The First Decision of the ICC Pre-Trial Chamber", *Journal of International Criminal Justice*, vol.4 (2006), pp.188, 190; J. Hemptinne, "The Creation of Investigating Chambers at International Criminal Court: An Option Worth Pursuing?", *Journal of International Criminal Justice*, vol.5 (2007), pp.402, 404; D. Scheffer, *supra* note 155, pp.151, 153.

제4장 ICC 재판전공소사실확인절차의 내용

제1절 제도적 의의

I. 검사의 공소권 행사에 대한 견제

재판전공소사실확인절차는 전심재판부가 수사절차의 가장 마지막 단계이자 공판절차로 넘어가는 문턱에서 피의자에게 관할권, 재판적격성과 같은 절차적 요건이 갖추어졌는지, 그리고 공소사실의 범죄구성요건, 위법성, 책임능력 등이 충분한 근거에 의해 뒷받침되는지 여부를 심리·결정한 후 당해 피의자를 공판에 회부할 것인지 여부를 판단하는 제도이다. 위 절차를 기점으로 검사가 절차의 주도권을 쥐고 있던 수사단계에서 검사와 피의자의 대등한 지위가 인정되는 당사자주의적 구조로 절차의 양상이 바뀐다.

앞서 본 바와 같이 로마규정 초안자들은 ICC 검사가 정치적 동기에서 또는 정의감에 도취되어 근거 없이 사건을 수사하고 기소할 것을 우려하여 재판전공소사실절차를 도입하기에 이르렀다.¹⁶²⁾ 따라서 위 절차는 특히 검사 직권에 의해 사건이 ICC에 회부된 경우 전심재판부가 공소제기의 공정성과 효율성을 판단하여 검사의 공소권 행사를 견제·감독한다는 데 기본적인 의의가 있다.

162) K. Ambos & D. Miller, *supra* note 25, pp.335, 341.

그러나 실제로 이러한 우려가 현실화될 가능성은 거의 없는바, 오로지 검사의 공소권 행사를 통제할 목적으로 상당한 시간과 비용이 소요되는 재판전공소사실확인절차를 두었다고 설명하기는 곤란하다. ICC 설립 이전 국제형사법원에서 검사의 부당하거나 완전히 근거 없는 기소가 심각하게 문제된 적이 없었을 뿐더러¹⁶³⁾ 정치적 동기에서 별다른 근거 없이 ICC에 사건이 회부되더라도 이러한 사건은 체포영장 등 발부 단계에서 충분히 걸러낼 수 있기 때문이다.

II. 피의자의 권리 보호

재판전공소사실확인절차의 가장 중요한 의의는 충분한 범죄혐의 없이 기소된 피의자를 조기에 재판으로부터 해방시킨다는 데 있다. 즉, ICC의 종전 결정에서 이미 수차례 반복 실시된 바와 같이 재판전공소사실확인절차의 목적은 '단순한 추측이나 의혹을 넘어서는, 충분히 강력한 범죄혐의가 있는 자들만(only those persons against whom sufficiently compelling charges going beyond mere theory or suspicion have been brought)' 재판에 회부함으로써¹⁶⁴⁾ '부당하고 전적으로 근거 없는

163) W. A. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute* (Oxford University Press, 2010), pp.734-735.

164) *Prosecutor v. Lubanga*, "Decision on the confirmation of charges", ICC-01/04-01/06-803-tEN, 29 January 2007, Pre-Trial Chamber I(이하 'Lubanga Confirmation Decision'이라 한다), para. 37; *Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*(이하 'Abu Garda'라 한다), "Decision on the Confirmation of Charges", ICC-02/05-02/09-243-Red, 8 February 2010, Pre-Trial Chamber I(이하 'Abu Garda Confirmation Decision'이라 한다), para. 39; *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*(이하 'Banda and Jerbo'라 한다), "Corrigendum of the 'Decision on the Confirmation of Charges'", ICC-02/05-03/09-121-Corr-Red, 7 March 2011, Pre-Trial Chamber I(이하 'Banda and Jerbo Confirmation Decision'이라 한다), para. 31; *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*

(wrongful and wholly unfounded)' 기소로부터 피의자를 보호하는 것이다.¹⁶⁵⁾ 공판절차에 회부되어서는 안될 사건, 예컨대 관할권, 재판적격성 등이 없는 사건이나 범죄혐의에 대한 충분한 근거가 없는 사건을 선별하여 미리 걸러내는 일종의 필터링(filtering) 역할을 한다. 이로써 재판소의 비용과 인력 절감 등 소송 경제(judicial economy)도 도모할 수 있다.¹⁶⁶⁾

특히 피의자에 대하여 공소사실을 다룰 기회를 전혀 부여하지 않았던 ICTY, ICTR의 공소장 인가절차와 달리 피의자에게 3명의 재판관 앞에서 공소사실을 부인하고 자신에게 유리한 증거를 제출할 기회를 부여한 것은 피의자의 방어권 보장 면에서 대단히 진일보한 전심재판 모델이다.

일반적으로 수년이 걸리는 ICC 재판에 피의자를 회부하기 위해서는, 특히 그 피의자가 구금 상태라면 더더욱 피의자에 대한 유죄의 증거가 충분한지 사법적으로 검토할 필요가 있다. 따라서 재판전공소사실확인절차가 ICTY, ICTR의 공소장 인가절차나 미국 대배심 제도와 같이 형식적인 절차로 운용되어서는 아니된다.

그런데 그렇다고 하여 본격적인 공판절차가 개시되기도 전에 재판전

(이하 'Mbarushimana'라 한다) "Decision on the confirmation of charges", ICC-01/04-01/10-465-Red, 16 December 2011, Pre-Trial Chamber I(이하 'Mbarushimana Confirmation Decision'이라 한다), para. 41.

165) Lubanga Confirmation Decision, para.37; *Prosecutor v. Katanga et al.*, "Decision on the confirmation of charges", ICC-01/04-01/07-717, 30 September 2008, Pre-Trial Chamber I(이하 'Katanga Confirmation Decision'이라 한다), para.63; *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*(이하 'Bemba'라 한다), "Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo", ICC-01/05-01/08-424, 15 June 2009, Pre-Trial Chamber II(이하 'Bemba Confirmation Decision'이라 한다), para.28; Abu Garda Confirmation Decision, para.39; Banda and Jerbo Confirmation Decision, para.31; Mbarushimana Confirmation Decision, para.41; *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*(이하 'Muthaura et al.'이라 한다), "Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute", ICC-01/09-02/11-382-Red, 23 January 2012, Pre-Trial Chamber II(이하 'Muthaura et al. Confirmation Decision'이라 한다), para.52.

166) Bemba Confirmation Decision, para.28. 이러한 이유로 피의자가 공소사실에 대해 다투지 않더라도 심리를 진행한다.

공소사실확인절차에 심리가 지나치게 집중되어 위 절차가 일종의 '간이재판(mini-trial)' 내지 '재판 전 재판(trial before trial)'으로 변질되는 것은 더더욱 경계하여야 한다.¹⁶⁷⁾ 로마회의에도 이 점을 가장 우려하였다. 재판전공소사실확인절차에서 검사가 증인의 증언 대신 서면 증거와 약식 증거를 제출할 수 있도록 하고 공소사실확인을 위한 입증기준이 유죄 인정을 위한 입증기준보다 낮게 규정한 것은 제출된 증거 전체를 토대로 한 본격적인 유무죄의 심리가 공판절차에서 비로소 이루어질 수 있도록, 바꿔 말해 재판전공소사실확인절차가 공판절차처럼 운용될 위험을 차단하기 위한 장치라고 설명된다. 재판전공소사실확인절차가 제한적인 심리 목적과 범위를 벗어날 경우 1심재판부에게 피의자의 유무죄에 대한 예단을 발생시키고 궁극적으로는 신속하고 효율적인 재판 운영도 요원해질 것이므로, 실무운영상 이러한 제반 이념들 사이에서 균형점을 찾아 그 미묘한 긴장관계를 조화롭게 유지해 나가는 것이 필요하다.

III. 공판절차의 준비

전심재판부는 재판전공소사실확인절차의 또 다른 중요한 목적 중 하나가 '공소사실을 명확히 하고 그 구성에 있어 미흡한 점이 없도록 보장하며, 이후 제기될 수 있는 절차적 문제에 관해 판단함으로써 공판절차 진행이 방해되지 않도록 하여 공판절차에서의 심판 범위를 정하는 (settling the parameters of the case for trial)' 데 있다고 본다.¹⁶⁸⁾ 이는

167) Katanga Confirmation Decision, para.64; Abu Garda Confirmation Decision, para.39.

168) *Prosecutor v. Dominic Ongwen*(이하 'Ongwen'이라 한다), "Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen", 23 March 2016, ICC-02/04-01/15-422-Red, Pre-Trial Chamber II(이하 'Ongwen Confirmation Decision'이라 한다), para.15; *Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*(이하 'Mahdi'라 한다),

곧 재판전공소사실확인절차에서 피고인의 유무죄 여부와 관련이 없는 본 안전 문제를 일거에 해결해두어 공판절차에서는 오로지 피고인의 유무죄 판단에만 심리를 집중하자는 것이다. 전심재판부는 2016년에 들어서부터 이러한 공판절차 준비 기능을 더욱 강조하고 있다.

국제형사범죄는 국내범죄에 비해 광범위한 지역에서 오랜 기간 자행되는 경우가 대부분이어서 증거의 양이 매우 방대하고 증거 수집에 있어서도 여러 제약이 있다. 같은 이유로 검사가 공소제기시 공소사실을 명확하게 특정하기 곤란한 경우가 많다. 설령 사실관계를 분명하게 파악하더라도 하나의 사실관계에 대해 법률적으로 수개의 범죄와 책임형태가 적용될 수 있어 상당한 법적 검토를 요한다.¹⁶⁹⁾ 따라서 공판절차가 개시되기 전에 재판전공소사실확인절차를 거쳐 내용이 불분명하거나 입증이 부족한 공소사실 부분은 정리하고 공판절차에서 심리할 공소사실을 확정할 필요가 있다.¹⁷⁰⁾ 더욱이 1심재판부는 재판전공소사실확인절차에서 확인된 '공소사실에 기재된 사실과 정황(facts and circumstances)'을 초과하여 판결할 수 없으므로(로마규정 제74조 제2항), 재판전공소사실확인절차에서 어떠한 공소사실이 확인되는지는 나중에 피고인이 어떠한 범죄로 유죄판결을 받을지 여부와 직결되는 문제이다.¹⁷¹⁾ 피의자로서도 공소사실확인

"Decision on the confirmation of charges against Ahmad Al Faqi Al Mahdi", ICC-01/12-01/15-84-Red, 24 March 2016, Pre-Trial Chamber I(이하 'Mahdi Confirmation Decision'이라 한다), para.16.

169) Ntaganda 사건에서 검사가 총 18개의 범죄에 관하여 총 7개의 책임형태를 선택적으로 적용하여 기소함에 따라 전심재판부는 재판전공소사실확인결정에서 해당 범죄 및 이에 대응하는 책임형태를 도표로 정리하기도 하였다; *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*(이하 'Ntaganda'라 한다), "Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda", ICC-01/04-02/06-309, 9 June 2014, Pre-Trial Chamber II(이하 'Ntaganda Confirmation Decision'이라 한다), Annex.

170) A. Cassese, *supra* note 85, pp.371-372.

171) Lubanga 사건에서 재판전공소사실확인절차를 통해 확인된 공소사실은 로마규정 제8조 제2항 소정의 전쟁범죄 중 소년병 징집·모병·이용행위였다. 그런데 공판절차에 이르러 증인들이 소년병으로 징집되었을 당시 성적 학대를 당했다고 진술하였고, 이에 1심재판부는 양 당사자에게 재판소규칙 제55조에 기하여 법적 구성을 성폭력 범죄를 포함하는 것으로 변경한다고 통지하였다. 그러나 상소심재판부는 Lubanga의 공소사실에 성적 학대 혐의는 포함되어 있지 않아 위

심리를 통해 범죄 일시와 장소, 행위자의 인적사항, 가담 유형, 피해자의 신원 등을 파악할 수 있어 1심재판을 준비하는 데 용이하다.

그런데 전심재판부는 재판전공소사실확인절차를 통해 공소사실을 특정하거나 본안전 문제에 대한 다툼을 해결하는 것에 그치지 않고, 더 나아가 공소사실확인 심리 전까지 검사가 수사를 완전히 종결할 것을 전제로 그때까지 수집한 모든 증거를 공소사실확인 심리에 제출하고 증거 개시도 대부분 마무리하여 공소사실확인 심리가 끝나는 즉시 1심재판이 진행되더라도 무리가 없을 정도로 공판절차를 철저히 준비하는 데 목표를 두고 있다. 예컨대, 전심재판부는 Lubanga 사건에서 “재판전공소사실 확인절차에서 정리·편철된 증거기록은 공판절차의 원활한 진행을 위한 ‘수단(tool)’으로 활용된다”라고 판시한 바 있다.¹⁷²⁾ 그러나 실무에서는 검사가 공소사실확인 심리 중에도 수사를 계속할 수 있어 공소사실확인결정 후 공판절차에 이르러서야 기존의 증거가 철회되고 새로운 증거가 신청되는 경우가 많고, 전심재판부의 증거 판단이 1심재판부에 구속력을 미치지 못함에도 불구하고, 전심재판부가 공소사실확인 단계에서 검사의 수사 완결 여부나 증거개시절차 진행, 증거 판단 등에 지나친 여력을 쏟을 실익이 있는지는 의문이다.

따라서 재판전공소사실확인절차의 공판절차 준비 기능은 공소사실을 특정하거나 그 흠결을 보완하고 본안전 문제에 대한 다툼을 1심재판

결정은 그 자체로 로마규정 제74조 제2항에 위배된다는 이유로 위 결정을 파기하였고, 이후 Lubanga의 소년병 징집·모병·이용 혐의에 관하여만 심리만 진행되어 유죄가 인정되었다; *Prosecutor v. Lubanga*, "Judgment on the appeals of Mr Lubanga Dyilo and the Prosecutor against the Decision of Trial Chamber I of 14 July 2009 entitled 'Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterisation of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court'", ICC-01/04-01/06 OA15 OA16, 8 December 2009, Appeals Chamber.

172) *Prosecutor v. Lubanga*, "Decision on the status before the Trial Chamber of the evidence heard by the Pre-Trial Chamber and the decisions of the Pre-Trial Chamber in trial proceedings, and the manner in which evidence shall be submitted", ICC-01/04-01/06-1084, 13 December 2007, Trial Chamber I, para.8.

개시 전에 해결한다는 의미로만 제한적으로 이해하여야 하지, 이를 더 넓게 해석하여 위 절차에서 양 당사자로부터 모든 증거를 제출받고 증거 개시절차나 증인 보호 조치 등을 마쳐 1심재판부가 전심재판부의 사건기록만으로도 심리가 가능할 정도로 공판절차를 준비하여야 한다는 취지로 이해하는 것은 ICC 현실에 맞지 않고 재판전공소사실확인절차의 본래 취지와도 부합하지 않는, 지나치게 이상적인 해석이라 할 것이다.

제2절 심리구조

I. 재판전공소사실확인절차의 시간적 위치 및 절차 대상자의 호칭

ICC의 재판절차는 크게 수사, 재판전공소사실확인, 1심재판, 상소심, 집행의 단계로 나뉜다. 그런데 로마규정만으로는 재판전공소사실확인절차의 시작과 끝을 절차적으로 구분하기 쉽지 않다. 그 구분에 따라 절차를 관장하는 재판부와 절차의 대상이 된 자의 호칭도 달라지게 되므로, 재판전공소사실확인절차의 시간적 위치를 분명히 할 필요가 있다.

먼저 수사단계는 당사국 또는 유엔 안보리에 의하여 범죄가 범하여진 것으로 보이는 '사태(situation)'가 검사에게 회부되거나 검사가 직권으로 '사태'에 대한 수사를 개시하여 시작된다(로마규정 제13조 내지 제15조). 수사단계의 가장 큰 특징은 체포영장 또는 소환장의 발부인데(로마규정 제58조), 이로써 피의자가 특정되고 '사태'는 '사건(case)'화된다. 이후 피의자가 체포되거나 소환되어 전심재판부 앞에 최초로 출석하면(initial appearance) 비로소 재판전공소사실확인절차가 개시된다. 전심재판부는 공소사실을 기재한 문서(Document Containing the Charges, 이하 'DCC'라 한다)¹⁷³⁾의 제출이나 증거개시절차 등 공소사실확인 심리를 위한 제반 준비가 끝나면 공소사실확인 심리기일을 진행한다. 다만, 검사

173) ICTY, ICTR 규정에서 '공소장(indictment)'이라는 용어를 사용하는 것과 달리 로마규정에서는 '공소사실을 기재한 문서(the document containing the charges)'라는 표현을 사용한다. 로마회의의 절차문제에 관한 실무그룹(The Working Group on Procedural Matters)에서 기존 초안의 'indictment'를 'the document containing the charges'로 표현을 수정하였는데, 재판전공소사실확인절차를 채택한 이상 검사는 피의자나 재판부에 '공소장(indictment)'을 제시하는 것이 아니라 '공소사실(charges)' 자체를 제시하는 것이라고 보았기 때문이다.

는 공소사실확인 심리가 시작되기 전까지 수사를 계속할 수 있으므로(로마규정 제61조 제4항), 수사절차와 재판전공소사실확인절차는 동시에 진행될 수도 있다. 로마규정 제61조 제7항 소정의 공소사실확인결정이 내려지면 이로써 공판전절차는 종결되고 1심재판이 시작된다.¹⁷⁴⁾

한편, 로마규정이나 절차및증거규칙에서는 형사절차의 대상이 된 자를 ① 검사로부터 DCC를 제출받기 전까지는 'the person'¹⁷⁵⁾ → ② 그 이후로는 'the person charged'¹⁷⁶⁾ → ③ 공소사실확인결정이 내려지면 'the accused'¹⁷⁷⁾라 칭한다. 이처럼 'suspect'라는 표현이 사용되지 않는 것은 비교법적으로 매우 특이한 부분이다.¹⁷⁸⁾ 본 논문에서는 편의상 형사절차

174) 구체적인 공판절차의 개시 시점에 관한 전심재판부의 입장은 일관되지 않다. Lubanga 사건과 Muthaura *et al.* 사건에서 1심재판부는 '모두진술이 이루어진 때' 재판이 진정으로 개시된다고 보았다; *Prosecutor v. Lubanga, supra* note 172, para.39; *Prosecutor v. Muthaura et al.*, "Prosecution notification of withdrawal of the charges against Francis Kirimi Muthaura", ICC-01/09-02/11-687, 11 March 2013, Office of the Prosecutor, paras.7-8. 이에 반해 Katanga 사건에서는 재판적격성에 대한 이의에 관한 로마규정 제19조의 취지상 '1심재판부가 구성되는 즉시' 공판절차가 시작된다고 보았다; *Prosecutor v. Katanga et al.*, "Reasons for the Oral Decision on the Motion Challenging the Admissibility of the Case(Article 19 of the Statute)", ICC-01/04-01/07-1213-tENG, 16 June 2009, Trial Chamber II, paras.30-50.

이는 공소사실 확인결정 후 공판절차가 개시되기 전에 검사가 공소사실을 수정하는 경우 전심재판부의 허가를 받아야 하는지의 문제와 관련된다. 로마규정 제61조 제9항과 제11항, 절차및증거규칙 제134조 제1항의 문언 및 그 해석, 그 밖에 1심재판부의 구성에 관한 절차및증거규칙 제130조가 제6절의 '전심재판의 종결(Closure of the Pre-Trial phase)'이라는 표제 아래에 위치하고 있는 점 등을 고려하면, 재판의 준비단계인 공소사실 확인 후 공판기일이 실제 열리기 전까지의 시기에는 전심재판부가 공소사실 수정에 관한 제반 권한을 갖고, 1심재판부는 전심재판부에 의해 확인된 공소사실을 임의로 변경할 수 없다고 할 것이다.

175) 로마규정 제55조, 제58조, 절차및증거규칙 제21조, 제112조, 제113조, 제119조, 제121조. 다만 검사의 체포영장 또는 소환장 발부 신청이 있거나 전심재판부의 체포영장 또는 소환장 발부가 이루어진 자에 대하여는 'the person arrested'라고 칭하기도 하였다(절차및증거규칙 제117조 제4항).

176) 로마규정 제61조 제1항, 제2항, 절차및증거규칙 제122조. 따라서 공소사실확인 심리 전 피의자의 권리에 관한 로마규정 제61조 제3항, 절차및증거규칙 제121조 제3항에서 'the person'이라는 용어를 사용한 것은 타당하지만, 공소사실심리 중 검사와 피의자의 권리에 관하여 규정한 제61조 제6항, 제7항에서 'the person charged'라는 용어 대신 'the person'이라고 규정한 것은 정확한 표현이라 할 수 없다; K. Ambos & D. Miller, *supra* note 25, p.340.

177) 로마규정 제61조 제9항, 제63조, 절차및증거규칙 제128조 제2항, 제129조. Lubanga 사건의 첫 공소사실확인 심리기일에 전심재판부는 사무국이 작성한 서류에서 Lubanga를 'accused'라 칭한 것을 비난하기도 하였다; *Prosecutor v. Lubanga*, Transcript, ICC-01/04-01/06-T-32, 10 November 2006, Pre-Trial Chamber I.

의 대상이 된 자를 공소사실확인결정 이전까지의 전심재판절차에서는 '피의자'로, 공소사실확인결정이 내려진 이후로는 '피고인'로 칭하고, 피의자 또는 피고인과 그 변호인을 모두 포함할 때는 '피의자 측' 또는 '피고인 측'으로 칭하기로 한다.

II. 공소사실확인 심리기일 전 단계

1. 심리기일의 지정

피의자가 체포되어 재판소로 이송되거나 전심재판부의 소환에 응하여 재판소에 도착하면 그로부터 48시간 내지 96시간 내에¹⁷⁹⁾ 전심재판부 또는 전심재판관 앞에 출석하여야 한다(initial appearance). 이때 전심재

178) 외교부의 로마규정 국문본에서는 'the person'을 '당해인', 'the person charged'를 '피의자', 'accused'를 '피고인'으로 번역하였고, 일반적으로 'suspect'는 용의자 또는 피의자로 번역된다. 그러나 위 영문 단어가 우리나라 형사소송법상 용어들의 의미나 그 절차적 지위와 완전히 일치하지는 않으므로, 아래에서는 위 영문 단어들을 한글로 번역하지 않고 영문 그대로 표기한다.

형사절차의 대상이 된 자의 호칭에 관하여 비교법적으로 살펴보면, 미국에서는 범죄를 범하였다고 믿을 만한 상당한 근거(probable cause)가 있는 자를 'suspect'라 부르고, 'suspect'는 법원에 공소장이 접수된 후 'defendant(accused)'의 지위를 갖는다. 프랑스의 경우 'suspect(*mise en examen*)'는 사건이 재판에 회부되면 'accused(*mis en accusation*)'의 지위를 갖는다. 독일의 경우 재판절차의 객체를 수사 단계에서는 'suspect(*Beschuldigter*)', 전심재판 단계에서는 'person charged(*Angeschuldigter*)', 공판 단계에서는 'accused(*Angeklagter*)'라 부른다. 우리나라 형사소송절차에서 그 객체가 된 자는 '피내사자', '피의자', '피고인'으로 불리는데, 피내사자는 수사기관의 내사(수사의 전단계로서 범죄의 혐의유무를 확인하기 위하여 입건 전의 단계에서 수행하는 수사기관의 조사활동)를 받는 사람을 말한다. 이를 통해 범죄혐의가 인정되면 그때 비로소 입건(수사기관이 사건을 최초로 수리하여 수사를 개시하는 것)되어 형사소송법상 '피의자'로 신분으로 바뀐다. 이후 피의자가 재판에 회부되면 '피고인'의 지위를 갖는다; 사법연수원, *수사절차론* (사법연수원, 2010), pp.21, 37-38.

한편, ICC 외 다른 국제형사법원에서는 'suspect'와 'accused'라는 표현이 사용된다. ICTY, ICTR 각 규정에는 'suspect'에 대한 정의규정이 없지만, SCSL 절차및증거규칙 제47조 (H) (ii)에서는 공소장이 인가됨으로서 'suspect'가 'accused'의 지위를 가진다고 명시하고 있다.

179) ICC, Chambers Practice Manual (May 2017), p.7.

판부 또는 전심재판관은 검사의 참석하에 공소사실확인 심리기일을 지정한다(로마규정 제61조 제1항, 절차및증거규칙 제121조 제1항). 심리는 '합리적인 기간 내에(within a reasonable time)', 즉 가능한 한 신속하게 이루어져야 하나, 구체적인 심리기한에 대한 규정이 없어 실무상으로는 최초출석 후 1년 가까이 지나서야 심리가 열린 경우도 있었다(Ntaganda 사건, Ongwen 사건). 이에 ICC의 재판실무제요에서는 최초출석일로부터 4개월 내지 6개월 사이에 심리기일을 지정하고 그때까지 검사의 DCC 제출이나 증거개시절차 등을 마무리하도록 규정하고 있다.¹⁸⁰⁾

2. 공소사실을 기재한 문서(Document Containing the Charges) 제출

검사는 심리기일로부터 30일 전까지 전심재판부와 피의자에게 DCC 사본¹⁸¹⁾을 증거목록과 함께 제출한다(로마규정 제61조 제3항 (a), (b), 제67조 제1항 (a), 절차및증거규칙 제121조 제3항). 피의자는 DCC를 교부받기 전까지는 수사의 결론이 무엇인지, 또 자신이 어떤 공소사실로 재판을 받게 될지 전혀 알 수 없다. 따라서 피의자의 공정한 재판을 받을 권리와 방어권 행사를 실질적으로 보장하기 위해서는 피의자에게 구체적인 공소사실이 기재된 DCC를 최대한 신속하게 제출하여야 한다.¹⁸²⁾

180) *Ibid.*

181) DCC에는 (a) 피의자의 성명 및 기타 관련 신원 정보, (b) 재판소의 관할권 행사에 관련된 사실과 피의자를 기소하기에 충분한 법적·사실적 근거를 제공하는 범죄의 일시와 장소 등 범죄사실, (c) 로마규정 제6조, 제7조 또는 제8조의 재판소 관할범죄 및 로마규정 제25조, 제28조의 구체적인 범죄 가담형태와 관련된 사실의 법적 구성이 기재되어 있어야 한다(재판소규칙 제52조).

182) DCC에는 재판전공소사실확인절차와 공판절차의 심리대상이 되는 공소사실, 즉 주된 사실과 정황(material facts and circumstances) 및 이에 대한 법적 구성(legal characterisation)이 그 자체만으로도 충분히 이해될 수 있도록 분명하게 기재되어야 한다. 이러한 요건을 공소사실의 '자족성(sufficiency)' 또는 '특정성(specificity)'이라 한다. 공소사실의 특정 여부는 Mbarushimana 사건, Ruto *et al.* 사건, Ntaganda 사건에서 문제된 바 있다.

한편, 검사는 공소사실확인 심리 중에도 수사를 계속할 수 있는데, 수사의 경과에 따라 공소사실을 변경하거나 철회하여야 할 경우가 발생하기도 한다. 공소사실확인 심리가 시작되기 전에는 검사가 변경할 공소사실에 대한 심리기일로부터 15일 전까지 전심재판부와 피의자에게 변경할 공소사실과 증거목록을 통지하기만 하면 전심재판부의 허가 없이도 공소사실을 수정할 수 있다(로마규정 제61조 제4항, 절차및증거규칙 제121조 제4항). 다만 위 15일의 기한은 매우 엄격하여 기한을 경과하여 제출된 공소사실은 받아들여지지 않는다(절차및증거규칙 제121조 제8항).¹⁸³⁾¹⁸⁴⁾ 공소사실 철회도 전심재판부에 대한 통지만으로 가능하다. 그러

○ Mbarushimana 사건 : Mbarushimana 측은 공소사실 중 ① "위 범죄장소를 '포함하나 이에 제한되지는 않는(include but are not limited to)'", ② "Busurungi 마을과 '인근 마을(and neighboring villages/and surrounding villages)'", ③ "'표시제한된 증인'이 거주하는 장소[예컨대, '2009년 하반기 증인 673, 674가 거주한 Masisi 지역 마을(the village of W673 and W674 [...] in Masisi territory in the second part of 2009)']"이라는 표현에 대하여, 가장 기본적인 공소사실인 범죄 장소가 명확히 특정되지 않아 피의자의 방어권 행사가 어렵고 공소사실확인의 심리범위도 모호하다고 주장하였다. 이에 전심재판부는 ① '...을/를 포함하나 이에 제한되지는 않는(include but are not limited to)'이라는 표현 자체에 큰 의미가 없다고 보아 위 표현 앞에 구체적으로 특정된 장소에서 일어난 범죄행위에 대하여만 판단하였다. ② 반면, '인근 마을'이라는 표현은 그 지리적 범위가 상대적으로 좁고, 증거목록상 Busurungi 주변 지역이 상당히 구체적으로 특정된다고 보아 이를 허용하였다. ③ 나아가 표시제한된 정보로 인해 피의자의 공정한 재판받을 권리가 침해되어서는 안되므로 '표시제한된 증인이 거주하는 장소'라는 표현은 그 지리적·시간적 범위가 지나치게 광범위하여 범죄의 일시와 장소를 특정할 수 없다고 보아 이 부분에 대하여는 판단하지 않았다; Mbarushimana Confirmation Decision, paras.83-85.

○ Ruto *et al.* 사건 : 공소사실에 피의자들이 참석한 회의 날짜나 직원들의 인적사항이 기재되어 있지 않더라도, 피의자들이 검사로부터 개시받은 증거를 통해 그 내용을 충분히 파악할 수 있어 공소사실이 특정되었다고 본 사안; *Prosecutor v. William Somoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*(이하 'Ruto *et al.*'이라 한다), "Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute", ICC-01/09-01/11-373, 23 January 2012, Pre-Trial Chamber II(이하 'Ruto *et al.* Confirmation Decision'이라 한다), para.101.

○ Ntaganda 사건 : 로마규정 제8조 제2항 (e)(vii) 범죄의 계속적 성격과 UPC/FPLC가 Ituri 지역 일대를 계속 이리저리 이동하였던 점을 고려하여, 검사가 15세 미만 아동을 징집·모병 이용한 구체적인 장소 및 시간을 특정하지 않아도 무방하다고 판단한 사안; Ntaganda Confirmation Decision, para.83.

183) 15일의 기한은 검사가 심리기일에 새로운 증거를 제출하는 경우에도 그대로 적용된다(절차및증거규칙 제121조 제5항). 피의자 역시 심리기일로부터 15일 전까지 전심재판부에게 공소사실확인 심리에 제출할 증거의 목록을 제출하여야 하고, 전심재판부는 위 증거목록을 지체 없이 검사에게 전달하여야 한다. 다만, 피의자가 변경된 공소사실이나 검사가 새롭게 제출한 증거에

나 공소사실확인 심리가 개시된 이후 공소사실을 수정하기 위해서는 재판 개시 전 전심재판부의 허가를 받고 피의자에게 통지하여야 하고, 공소사실을 추가하거나 중한 공소사실로 변경하는 경우에는 공소사실확인 심리기일을 다시 열어야 한다(로마규정 제61조 제9항, 절차및증거규칙 제128조 제3항).

이처럼 로마규정에서는 심리 전후에 따라 검사가 밝아야 할 세부 절차의 차이는 두었지만, 그래도 어디까지나 공소사실의 구성과 변경, 철회 여부를 검사의 전적인 책임과 권한으로 규정하고 있다.

3. 증거개시절차(Disclosure Procedure)

가. 의의 및 방식

ICC는 증거법적 관점에서 보았을 때 대륙법계 직권주의에 가까운 구조이지만(예컨대, 증거능력), 그 중 특이하게도 영미법계 당사자주의에서 발전한 제도인 증거개시절차를 채택하고 있다.¹⁸⁵⁾ 증거개시는 소송당

대해 반박증거를 제출하는 경우에는 기간의 제한이 없다(절차및증거규칙 제121조 제6항). 한편, 사실관계나 법적 구성에 관한 주장 서면은 심리기일로부터 3일 전까지도 제출할 수 있다(절차및증거규칙 제121조 제9항).

184) Bemba *et al.* 사건에서 Kilolo 측은 증거목록에 기재하지 않은 증거의 제출 허가를 요청하였으나, 전심재판부는 증거 제출기한을 경과하였다는 이유로 이를 기각하였다; *Prosecutor v. Jean Pierre-Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala and Narcisse Arido*(이하 'Bemba *et al.*'이라 한다), "Decision pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute", ICC-01/05-01/13-749, 11 November 2014, Pre-Trial Chamber II(이하 'Bemba *et al.* Confirmation Decision'이라 한다), paras.19-20.

185) 재판전공소사실확인절차에서의 증거개시에 대하여서는 절차및증거규칙 제121조에서 구체적으로 규정하고 있는데, 증거개시절차에 관한 일반조항인 절차및증거규칙 제72조 내지 제84조도 공판절차뿐만 아니라 재판전공소사실확인절차에 그대로 적용된다; Proposal by France, General Outline of the Rules of Procedure and Evidence, U.N. Doc. PCNICC/1999/DP.2, 1 February 1999, para.10; C. Kreß, "The Procedural Law of the International Criminal Court in Outline: Anatomy of a Unique Compromise", *Journal of International Criminal*

사자에게 법원의 결정의 기초가 되는 사실관계에 대하여 의견을 진술할 기회를 보장하고, 피의자에게 충분한 방어 기회를 부여함으로써 공정한 재판의 이념, 즉 무기대등의 원칙을 실현한다는 데 가장 큰 의의가 있다. 그리고 양 당사자가 증거개시를 통해 사전에 입증준비를 철저히 하고 재판부로서도 쌍방이 개시한 증거를 미리 전달받아 쟁점 혼란을 막음으로써 공판단계에서의 심리 지연을 최소화하고 소송 전체에 가해지는 시간적·비용적 부담을 경감시키는 장점도 있다.

증거개시는 검사와 피의자가 재판에 제출하고자 하는 증거를 공소사실확인 심리기일 이전에 사무국을 통해 반대당사자에게 직접(*inter partes*) 개시하고,¹⁸⁶⁾ 개시된 증거를 전심재판부에 전달함으로써 이루어진다.¹⁸⁷⁾ 실무에서는 검사나 피의자가 ‘e-Court Protocol’이라는 전자시스템에 증거 사본을 등록하고 반대당사자가 이를 열람하는 방식으로 증거를 개시한다.

나. 증거개시의 시기 및 범위

ICC 절차및증거규칙 초안 작성 당시 검사의 증거개시 시기 및 범위에 관하여 치열한 공방이 있었다. 공판절차가 개시되기도 전인 재판전공소사실확인 심리 단계에서 양 당사자가 보유한 모든 증거를 개시하여야 하는지, 아니면 공소사실확인을 위해 필요한 ‘충분한 증거’에 국한하여

Justice, vol.3, December 2003, pp.603, 610.

186) 절차및증거규칙 제121조 제2항 (c)에서 ‘검사와 당해인 사이에(disclosed between the Prosecution and the person) 개시된 모든 증거’라고 규정하고 있다.

187) 사무국이나 전심재판부는 증거개시의 당사자가 아니다. 사무국은 검사와 피의자 사이에서 ‘단순한 전달자 내지 전달통로(a simple carrier or a communication channel)’로서의 역할을 하고, 전심재판부는 증거를 ‘개시(disclosure)’받는 것이 아니라 ‘전달(communication)’받는 지위에 있다; *Prosecutor v. Bemba*, "Decision on the Evidence Disclosure System and Setting a Time Table for Disclosure between the Parties", ICC-01/05-01/08-55, 31 July 2008, Pre-Trial Chamber III, paras.34, 64.

개시하여야 하는지에 대하여 쉽게 의견 일치를 보지 못했다. ‘중죄소추부(*Chambre d’Accusation*)’와 유사한 형태의 공판전절차를 제안했던 프랑스는 ICTY, ICTR에서 지나치게 많은 증거개시신청으로 인해 공판절차가 지연되었던 전례를 답습하지 않기 위해서는 공판전절차에서 개시대상의 제한 없이 모든 증거가 개시되어야 한다고 주장하였다.¹⁸⁸⁾ 피의자에게 수사가 완결된 후 공판절차에 회부되기 전까지 공소제기의 근거가 된 모든 증거를 알 권리가 있다는 점도 근거로 들었다. 반면, 영국, 호주 등 영미법계 국가들은 재판전공소사실확인절차가 사건의 공판절차 회부 여부를 판단하는 단순한 ‘여과장치(filter)’임을 전제로 공판전절차에서 모든 증거에 대한 증거개시의무를 부과하는 것은 시간 낭비이고 재판 진행을 더디게 할 것이므로 재판전공소사실확인이 끝난 후 공판절차가 개시되기 전에 증거 대부분을 개시하면 충분하다고 주장하였다.¹⁸⁹⁾

로마규정 제64조 제3항 (c), 절차및증거규칙 제84조의 내용이나 전심재판부의 결정 취지에 비추어 볼 때, 전심재판부는 재판의 중심이 어디까지나 공판절차에 있으므로 검사는 공소사실확인을 위한 심리 전까지는 공소사실확인을 위한 입증기준을 충족하는 데 필요한 정도의 증거만 부분적으로 개시하고 전면적인 증거개시는 공소사실확인결정이 내려진 이후부터 공판절차가 개시되기 전까지 사이에 이루어지면 족하다고 보는 듯하다.¹⁹⁰⁾ 피의자가 공소사실확인 심리에 앞서 모든 증거를 개시받는 것이 피의자의 방어권 보장 측면에서 이상적이기는 하나, 공판절차 개시여부가 불분명한 재판전공소사실확인 단계에서 증거개시절차에 지나친 시간과 비용이 소요되어 오히려 피의자의 신속한 재판을 받을 권리를 심

188) 프랑스 대표 Gilbert Bitti는 공판전절차에서 일부 증거만 개시하고 공판절차에서 또다시 증거를 개시하도록 하는 것은 시간낭비라고 주장하였다; C. Kreß, *supra* note 185, p.610.

189) *Ibid.*

190) *Prosecutor v. Lubanga*, *supra* note 172, paras.5 11, 29.

각하게 침해할 가능성이 크다. 무엇보다 공소사실확인을 위한 심리에 검사 측 증거가 모두 개시되면 재판전공소사실확인절차가 피고인의 유무죄에 대한 중간재판으로 변질되는 것을 방지하기 어렵다. 따라서 공소사실확인을 위한 심리 전까지 검사는 공소사실의 확인을 위한 입증에 필요한 정도의 증거만 거시하면 충분하다. 그럼에도 최근 전심재판부는 재판전공소사실확인 단계에서 검사가 수사를 거의 완결한 후 수집된 증거 대부분을 재판전공소사실확인절차 개시 전까지 피의자 측에게 개시하고 실제 증거 제출 여부에 관계없이 모두 전심재판부에 전달하도록 하고 있다. 그러나 이러한 실무 운영은 당초 로마회의에서 구상한 증거개시절차의 모습도 아닐 뿐더러 심리의 신속과 효율 면에서도 바람직하지 않다.

다. 소송당사자의 증거개시의무

검사는 자신이 보유한 유무죄 관련 증거를 적어도 심리기일로부터 30일 또는 15일 전까지 개시할 의무가 있다.¹⁹¹⁾ 검사의 증거개시의무는 크게 ① 유죄 관련 증거에 대하여 검사가 피의자 측 조사에 응하면 되는 소극적 개시의무¹⁹²⁾와 ② 무죄 관련 증거에 대한 적극적인 개시의무¹⁹³⁾

191) 로마규정 제61조 제3항 (b), 제67조 제2항, 절차및증거규칙 제121조 제3항, 제5항. 위 각 규정에 의하면, 검사는 증거의 '리스트(list)'를 제출하여야 하는데, 절차및증거규칙 제76조의 해석상 단지 리스트에 국한되는 것은 아니고 증인의 이름과 진술서 사본도 함께 개시하여야 한다. 피의자가 증거개시를 하는 경우에도 마찬가지이다(절차및증거규칙 제121조 제6항); H. J. Brady, "Setting the Record Straight: A Short Note on Disclosure and 'the Record of the Proceedings'", H. Fischer *et al.*(ed.), *International and National Prosecution of Crimes Under International Law: Current Development* (BWV·Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004), pp.410, 416; 백기봉, 국제형사증거법 (박영사, 2008), p.107에서 재인용.

192) 피의자 측이 요구하지 않더라도 증인의 인적사항과 진술서 사본을 개시하여야 한다(절차및증거규칙 제76조 제1항). 그 밖에 유체물 증거의 경우 ① 피의자의 방어 준비에 중요하거나 ② 검사가 재판전공소사실확인절차에서 증거로 사용하려고 하거나 ③ 피의자로부터 취득하였거나 그에게 속해 있었거나 또는 그랬을 것으로 보이는 서적, 문서, 사진 기타 유체물이 검사의 보유나 관리에 있다면, 검사는 이에 대한 피의자 측의 조사를 허용하여야 한다(로마규정 제67조 제1항 (b), 절차및증거규칙 제77조).

로 나뉜다. 위에서 살핀 바와 같이 검사는 재판전공소사실확인절차 전까지 모든 증거를 개시할 의무는 없으나, 피의자의 증거제출권을 실질적으로 보장하기 위하여 적어도 무죄 관련 증거만큼은 '가능한 한 신속하고 (as soon as practicable)' 적극적으로 개시하여야 한다.

그런데 피의자의 권리를 실질적으로 보장하고 전심재판부가 이를 제대로 감독하고 절차를 진행하기 위해서는 유죄 관련 증거든 무죄 관련 증거든 간에 검사가 사건과 '진정한 관련(true relevance)'이 있는 증거를 잘 추려서 개시하는 것이 중요하다.¹⁹⁴⁾ 증거의 내용과 양이 방대한 국제형사범죄의 특성상 검사가 보유하고 있는 모든 증거를 무작정 개시할 경우 사실상 피의자로서는 그 많은 증거를 제대로 검토하여 방어하는 것이 매우 어렵고 재판 절차도 지연될 가능성이 높기 때문이다. 전심재판부가 검사에 대하여 개시할 증거가 공소사실 중 어느 부분을 입증하기 위한 것이라고 설명된 요약표(summary table)를 제출하도록 하는 것도 이러한 이유에서다.

피의자 역시 자기부죄거부 원칙(*nemo tenetur se ipsum accusare*)에 반하지 않는 범위 내에서 적어도 심리기일로부터 15일 전까지 공소사실 확인 심리에서 근거로 삼고자 하는 증거를 개시할 의무가 있다.¹⁹⁵⁾ 피의자가 검사 측 재판 준비에 필요한 유죄 관련 증거까지 개시할 의무는 없으므로 피의자의 증거개시의무의 범위는 검사의 그것보다 좁다. 피의자

193) 검사는 유무죄의 정황을 동등하게 수사하여야 할 의무가 있으므로(로마규정 제54조 제1항 (a) 자신이 보유하거나 통제하고 있는 증거로서 ① 피의자의 무죄를 드러내거나 드러낼 수 있는 증거, ② 피의자의 처벌감경증거 또는 ③ 검사 측 증거의 신빙성 탄핵증거 등(이하 '무죄 관련 증거'라 한다)을 취득하는 즉시 피의자 측에 개시하여야 한다. 전심재판부는 모든 무죄 관련 증거가 개시되어야 할 필요는 없지만, 검사가 심리에 제출할지 여부에 관계없이 '대부분의(bulk)' 무죄 관련 증거가 개시되어야 한다고 본다; *Prosecutor v. Lubanga, supra* note 172, paras.119-133.

194) *Prosecutor v. Bemba*, "Decision on the Evidence Disclosure System and Setting a Timetable for Disclosure between the Parties", 31 July 2008, Pre-Trial Chamber III, paras.67-73.

195) 절차및증거규칙 제121조 제6항.

가 알리바이의 존재나 책임조각사유를 주장하는 경우 이를 뒷받침하는 증거도 개시하여야 하고, 검사가 위 주장에 적절히 대응할 수 있도록 사전에 충분히 통지되어야 한다.¹⁹⁶⁾

라. 증거개시의 형태

증거는 원본으로 개시하는 것이 원칙이다. 예외적으로 증거의 공개가 피해자와 증인, 그 가족의 안전에 중대한 위험을 초래할 경우, 검사는 전심재판부의 허가를 받아 표시제한된 편집본 형태(redacted form)로 증거를 개시할 수 있다.¹⁹⁷⁾ 나아가 증인이나 진술자의 인적사항을 표시제한하여 증거개시하더라도 공개된 나머지 부분에 의해 그 신원이 노출될 우려가 있는 경우 위 증거를 약식 증거의 형태로 개시할 수 있다. 로마규정 제61조 제5항에 약식 증거 사용에 관한 예외적인 사유가 규정되어 있지도 않고 달리 약식 증거를 사용하기에 앞서 전심재판부로부터 허가를 받아야 한다는 규정은 없으므로, 피의자의 권리와 공정하고 공평한 재판 이념에 반하지 않도록 충분한 조치를 취하였다면, 이러한 약식 증거 형태의 증거 개시도 허용함이 타당하다.¹⁹⁸⁾

196) 절차및증거규칙 제79조 제1항, 제2항, 제80조 제1항.

197) *Prosecutor v. Lubanga*, "Decision on the Prosecution practice to provide to the Defence redacted versions of evidence and materials without authorisation by the Chamber", ICC-01/04-01/06-355, 25 August 2006, Pre-Trial Chamber I; *Prosecutor v. Lubanga*, "Decision Regarding the Timing and Manner of Disclosure and the Date of Trial", ICC-01/04-01/06-1019, 9 November 2007, Trial Chamber I, paras.25, 27.

198) *Prosecutor v. Lubanga*, "Judgement on the appeal of Thomas Lubanga Dyilo against the decision of PTC I entitled 'First Decision on the Prosecution Requests and Amended requests for redactions under Rule 81'", ICC-01/04-01/06-773, 14 December 2006, Appeals Chamber, paras.40-51.

마. 증거개시 이후의 절차 및 증거개시의무 위반의 효력

전심재판부의 효율적인 심리 준비를 위해 검사와 피의자 사이에 개시된 증거는 전심재판부에게 전달된다(절차및증거규칙 제121조 제2항(c)). 그런데 검사와 피의자 사이에 개시된 모든 증거가 전심재판부에 전달되는지, 아니면 검사나 피의자가 심리에 제출할 증거만 전심재판부에 전달되면 족한지 ICC의 결정이 서로 일치하지 않았으나, 현재는 전자의 입장으로 실무가 확립되어 있다. 더군다나 전심재판부는 필요한 경우 증거개시절차에서 전달받은 증거를 사실인정의 근거로 삼을 수 있다고 본다. 이는 마치 당사자주의 이념에서 발달한 증거개시제도의 틀 안에서 직권주의를 강화하려는 듯한 인상을 주는데, 피의자의 방어권 행사를 무의미하게 할 수 있다는 점에서 상당히 문제가 있다. 한편, 개시된 증거는 기록으로 편철되어 사무국에 의해 보관·관리되었다가 공소사실확인결정 후 결정문과 함께 소장단에 송부되고, 나중에 사건을 배당받은 1심재판부에게 전달된다.¹⁹⁹⁾

ICC는 Lubanga 사건을 통하여 검사가 증거개시의무를 이행하지 않은 경우 재판부가 증거 불채택은 물론 재판절차 정지, 검사의 공소사실 철회, 피고인의 석방 등 다양하고 강력한 수단을 통해 대처할 수 있음을 보여주었다.²⁰⁰⁾ 증거개시의무 위반사실을 간과하고 채택된 증거에 기초한

199) 절차및증거규칙 제121조 제2항(c), 제129조, 제130조.

200) 다만, 위와 같은 이유로 증거를 채택하지 않을 경우에는 신중하게 결정하여야 한다. Lubanga 사건에서 Lubanga 측은 15일의 제출기한을 경과하여 개시된 새로운 검사 측 증거에 대해 이의를 제기하였다. 이에 전심재판부는 새로운 증거가 재판전공소사실확인심리의 주된 쟁점 판단에 필요하고, 검사가 증거의 제출 필요성을 미리 예견하지 못하여 기한 내 제출이 불가능했다는 이유로 Lubanga 측에 위 증거에 대해 다룰 기회가 부여하고 위 증거를 채택하였다; Lubanga Confirmation Decision, paras.123-125. 반대로 15일의 제출기한을 경과하여 개시된 Lubanga 측 증거에 대해 검사가 제기한 이의에 대하여도 전심재판부는 동일한 취지로 판단하였다; Lubanga Confirmation Decision, paras.133-135. 그 외 공소사실 철회 관련 판시는 *Prosecutor v. Lubanga*, "Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay

결정이나 판결은 그 흠결 정도에 따라 항소 또는 재심 사유도 될 수 있다(절차및증거규칙 제121조 제7항).²⁰¹⁾ 다만 피의자가 알리바이 존재나 책임 조각사유에 관한 증거의 개시의무를 위반한 경우는 증거 불채택의 제재를 받지 않는다(절차및증거규칙 제79조 제3항). 피의자가 증거개시에 관한 절차적 규정을 위반하였다는 사정만으로 위와 같은 주장이나 증거 제출 자체를 금지하기에는 그 주장과 증거가 너무 중요하기 때문이다. 피의자가 증거수집능력에 있어 검사보다 매우 열악한 지위에 있는 점을 고려한 것이기도 하다.²⁰²⁾

III. 심리기일의 진행

1. 소송관계인의 출석

공소사실확인 심리기일은 검사와 피의자 및 그의 변호인이 출석한 가운데 진행된다(로마규정 제61조 제1항). 앞서 언급하였듯이 피의자 및 그의 변호인이 공판전절차에 참여하는 것은 다른 국제형사법원이나 국내 형사소송절차의 공판전절차와 크게 구분되는 특징이다. 그러나 재판전공소사실확인절차는 피고인의 유무죄를 최종 판단하는 것이 아니라 사건을

the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the status conference on 10 June 2008", ICC-01/04-01/06-1401, 13 June 2008, Trial Chamber I, para.6 참고.

201) 예컨대 증거개시의무의 위반에도 불구하고 1심판결이 선고된 경우 이는 로마규정 제81조 제1항이 정한 '절차상의 하자' 또는 '법령 위반'에 해당하고, 이로 인해 사실관계의 입증에 왜곡되었다면 '사실의 오인'에 해당한다. 증거개시의무의 위반을 간과한 판결이 확정된 경우 로마규정 제84조 제1항 (a)가 정한 '재판 당시에는 입수할 수 없었던 중요한 사실이 새로 발견된 경우'에 해당하여 재심 또한 가능할 것이다; 이윤제, "국제형사재판소 루방가 사건과 검사의 증거개시의무", 형사정책연구, vol.22, no.4 (2011), p.144.

202) *Ibid.*, p.109.

공판절차에 회부할 것인지 여부를 결정하는 절차로서 피의자의 출석을 필수적 강제사항으로 볼 수는 없다. 따라서 ① 피의자가 서면으로 출석할 권리를 포기한 경우²⁰³⁾와 ② 피의자가 도주하였거나 소재를 알 수 없고, 그의 재판소 출석을 확보하고 그에게 공소사실 및 공소사실확인 심리의 개시를 통지하기 위해 '모든(all)' 합리적인 조치를 취한 경우에는 검사의 신청이나 재판부 직권에 의해 피의자 출석 없이 공소사실확인 심리를 할 수 있다.²⁰⁴⁾

2. 공소사실확인 심리기일의 운영 방식

공소사실확인 심리기일에는 가장 먼저 전심재판부 재판장이 사무국 담당자로 하여금 검사가 제시한 공소사실을 낭독하게 한 다음 향후 심리 진행방식이나 증거 제출방식 등에 대해 결정한다.²⁰⁵⁾ 검사, 피해자의 법적 대리인, 피의자 측의 순으로 모두진술(opening statement)이 이루어지면, 검사와 피의자가 재판소의 관할권, 사건의 재판적격성, 기타 절차적 문제에 관하여 이의를 제기할 수 있고, 사건 내용과 별개로 심리 진행방식 자체에 관하여도 이의를 제기하거나 의견을 제시할 수 있다.²⁰⁶⁾ 본안 심리에 들어가서는 각 공소사실 및 형사책임 형태에 관한 검사의 주장과 피의자 측의 답변 및 주장, 증인신문 등이 이뤄지고, 검사, 피해자의 법적 대리인, 피의자 측 순의 최후진술(closing statement)을 끝으로 심리가

203) 로마규정 제61조 제2항 (a), 절차및증거규칙 제124조 제1항, 제2항.

204) 로마규정 제61조 제2항 (b), 절차및증거규칙 제123조 제2항. 전심재판부가 피의자 없이 심리를 진행하기로 결정한 경우에는 피의자 출석시의 심리절차가 그대로 적용되고, 이때 전심재판부의 결정으로 선임된 변호인이 피의자를 대리할 수 있다(절차및증거규칙 제126조 제1항). 반면, 전심재판부가 피의자 없이는 심리를 진행하지 않기로 결정한 경우 출석이 가능한 피의자에 대하여는 출석을 요구하고, 그렇지 않으면 피의자가 재판소에 출석할 때까지 공소사실확인 심리기일을 연기한다(절차및증거규칙 제125조 제3항, 제4항).

205) 절차및증거규칙 제122조 제1항.

206) 절차및증거규칙 제122조 제2항, 제3항, 제58조.

마무리된다(절차및증거규칙 제122조 제8항). 원칙적으로 심리는 공개되지만, 증인 보호를 위해 일부 절차가 비공개로(in camera) 진행되기도 한다.

3. 소송관계인의 권한

검사와 피의자 및 그의 변호인에게는 공소사실확인 심리에 참가할 권리가 있다. 이에 반해 피해자 및 그의 법적 대리인은 전심재판부의 결정을 받아야만 심리에 참가할 수 있다.

가. 검사

검사는 심리시 당해인이 범죄를 범하였다고 믿을 만한 상당한 근거를 형성하는 충분한 증거를 들어 공소사실을 입증하여야 한다. 이때 검사는 공판절차에서와 달리 서면 증거 또는 약식 증거에 의존할 수 있고, 재판에서 증언할 것으로 예상되는 증인을 소환할 의무는 없다.²⁰⁷⁾ 재판전공소사실확인절차의 제한된 심리범위와 목적상 검사는 위 절차에서 지나치게 방대한 증거를 제출하거나 핵심증인이 아닌 자를 직접 소환하여 증언하도록 하는 것은 지양하여야 한다. 그럼에도 불구하고 ICC 실무에서는 검사가 공소사실확인에 관한 심리 전까지 수사를 완결하여 전심재판부에 최대한 많은 증거를 제출하도록 하고 있어, 절차 지연과 비효율의 원인이 되고 있다.

나. 피의자 및 그의 변호인

207) 로마규정 제61조 제5항.

피의자 측은 공소사실이 범죄 구성요건을 갖추지 못했거나 검사 측 증거가 범죄혐의를 충분히 입증하지 못한다는 취지로 주장하여 공소사실을 부인할 수 있다(로마규정 제61조 제6항 (a)). 그리고 검사 측 증거에 대해 이의를 제기할 수 있고(로마규정 제61조 제6항 (b)), 그 이의의 범위는 제한이 없다.²⁰⁸⁾ 검사가 피의자 측 증거에 대하여 이의를 제기할 수 없는 점과 구별된다. 명시적인 규정은 없지만 피의자도 검사와 마찬가지로 서면 증거 또는 약식 증거를 제출할 수 있고 증인을 소환할 수 있다.²⁰⁹⁾

다. 피해자와 그의 법적 대리인

로마규정은 국제형사재판에서 범죄피해자의 권리와 요구를 고려하지 않고서는 진정한 의미의 정의가 달성될 수 없다는 회복적 사법 정의의 이념을 바탕으로 종전 국제형사법원에서보다 피해자에게 능동적인 법적 지위를 부여하였다. 즉, 재판전공소사실확인절차를 포함한 전체 재판 절차에 대한 피해자의 절차참가권을 인정하고 있다(로마규정 제68조 제3항).²¹⁰⁾ 다만, 재판전공소사실확인절차에서의 피해자 및 그의 법적 대리

208) G. M. Pikis, *The Rome Statute for the International Criminal Court* (Martinus Nijhoff Publishers, 2009), para.322.

209) *Ibid.*, para.323. 다만, 심리개시일로부터 15일 이전에 전심재판부에 증거목록을 제출하여야 한다(절차및증거규칙 제121조 제6항).

210) B. McGonigle, "Bridging the Divides in International Criminal Proceedings: An Examination into the Victim Participation Endeavour of the International Criminal Court", *Florida Journal of International Law*, vol.21 (2009), p.95. 로마규정 제61조에서는 피해자의 재판전공소사실확인절차에의 참가 여부나 그 방식에 관하여 직접 규정하고 있지 않다. 그러나 ① 로마규정 제68조의 표제가 피해자 및 증인의 보호와 '절차(proceedings)' 참가에 관한 것이고, 피해자 절차참가에 관한 절차및증거규칙 제87조 내지 제93조는 제4장 '다양한 절차에 관한 규정(Provisions relating to various stages of the proceedings)' 제목 아래 위치하고 있는 점, ② 로마규정 제57조 제3항 (c)는 전심재판부에게도 피해자의 보호에 관한 일반적인 권한을 부여하고 있는 점, ③ 절차및증거규칙 제92조 제3항에서 재판소가 피해자 및 그의 법적 대리인에게 공소사실확인 심리개시결정을 통지하여야 한다고 규정하고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 로마규정과 절차및증거규칙은 재판전공소사실확인절차를 포함한 전체 재판절

인의 참가 범위나 구체적인 권리 행사방법에 관한 상세한 규정이 없어 향후 재판소의 실무를 좀 더 지켜볼 필요가 있다.

피해자가 재판전공소사실확인절차에 참가하여 자신의 견해와 관심을 제시하기 위해서는 반드시 서면으로 사무국에 참가신청을 하여 전심 재판부의 허가를 받아야 한다.²¹¹⁾ 그리고 절차참가 허가를 받은 피해자 참가인은 전심재판부가 지정한 소송절차와 방식에 따라서만 재판에 참가할 수 있다. 수백 명 혹은 그 이상의 피해자가 발생하는 국제범죄의 특성상 이들의 지나치게 광범위한 절차참가는 재판소 운영에 상당한 어려움을 야기하고 자칫 재판절차를 마비시킬 수도 있으므로, 피해자의 절차참가로 인하여 피의자의 방어권이 위축되거나 공정하고 신속한 절차 진행이 심히 우려되는 경우에는 전심재판부가 적절한 소송지휘를 통해 피해자의 절차참가 범위 및 방식을 제한할 필요가 있다.

실명 피해자참가인에게는 모든 공개·비공개 기록에 대한 열람권, 증인신문권, 출석권 등이 인정되는 반면, 익명 피해자참가인에게는 공개 사건에 대하여만 제한적인 열람권, 출석권 등이 인정되고 증인신문은 '익명의 기소 금지 원칙(principle of prohibiting anonymous accusations)'에 반한다는 이유로 허용하지 않는다.²¹²⁾ 한편, 검사나 피의자가 신청하지

차에서 피해자의 절차참가를 인정하고 있다고 할 것이고, 재판소 실무도 그러하다; C. Stahn, H. Olásolo & K. Gibson, "Participation of Victims in Pre-Trial Proceedings of the ICC", *Journal of International Criminal Justice*, vol.4 (2006), p.235.

211) 전심재판부는 피해자의 절차참가 결정 이전에 신청서 사본을 검사와 피의자 측에 전달하고, 검사와 피의자 측은 재판부가 지정한 기한 내에 참가신청인의 신청에 대하여 의견을 제출할 수 있다(절차및증거규칙 제89조 제1항). 로마규정상 피해자의 개념, 피해자 여부나 개인적인 이해의 판단기준에 관한 방대한 논의가 있으나, 본 논문에서는 생략하기로 한다.

212) 전심재판부가 판시한 실명/익명 피해자참가인 권리의 구체적인 내용은 다음과 같다; *Prosecutor v. Katanga et al.*, "Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case", ICC-01/04-01/07-474, 13 May 2008, Pre-Trial Chamber I, paras.124-145, 180-184.

○ 실명 피해자참가인 : ① 공소사실확인 심리 이전 및 심리 도중에 사무국이 보관하고 있는 모든 공개·비공개 사건 기록을 열람할 권리, ② 검사 및 피의자 측이 공소사실확인 심리에서 제출하고자 하는 증거의 증거능력과 증명력에 관한 의견을 제시하고 심리기일에 이러한 증거를 검토할 권리, ③ 증인신문권(피해자참가인은 검사 측 신문이 끝난 후 재판부로부터 할당받은 시

않는 증거를 직접 제출할 권리는 피해자참가인에게 없다. 공판절차도 아닌 재판전공소사실확인절차에서 피해자참가인에게 증거제출권을 인정하면 재판전공소사실확인절차의 제한적인 목적과 심리범위에 반할 우려가 크고, 피해자가 다수인 국제범죄의 특성상 재판절차가 지연될 것이 분명하기 때문이다. 또한 기소는 검사의 전속적인 권한에 속하고 재판전공소사실확인절차에서의 입증책임도 검사에게 있으므로, 피해자참가인이 기소되지 않은 범죄사실에 대한 증거를 제출할 수 있도록 하는 것은 결국 피해자가 제2의 소추기관으로 기능하는 것으로, 피의자의 증거제출권이나 공정한 재판에 관한 권리, 무기대등의 원칙에 반한다.

4. 증거조사

가. 증거능력(Admissibility)

재판전공소사실확인절차에서 증거조사는 제한된 심리범위와 낮은 입증기준 때문에 공판절차에 비해 유연하게 운영된다(절차및증거규칙 제63조 제2항). 로마규정에서는 증거배제원칙에 관한 제69조 제4항,²¹³⁾ 제7

간 동안 신문할 수 있고, 검사나 피의자와 마찬가지로 증인신문에 앞서 신문사항을 미리 제출하지 않는다. 그리고 재판부가 신문 전 또는 도중 지시하는 바에 따라 이뤄진다), ④ 공소사실확인 심리의 모든 공개·비공개 기일, 그 밖에 일방 심리를 제외한 관련 절차에 출석할 권리, ⑤ 구술 또는 서면 신청, 답변 등의 방식으로 절차에 참가할 권리

○ 익명 피해자참가인 : ① 공개 사건 기록을 통지받을 권리, ② 공개된 심리기일에 출석할 권리, ③ 모두진술과 최후진술을 통해 공소사실에 관하여 법률적 관점에서 의견을 진술할 권리, ④ 공개된 심리기일 참여에 대한 허가를 요청할 권리

한편, Bemba 사건에서는 실명·익명 피해자참가인의 절차참가권에 차이를 두는 것은 익명의 피해자들이 로마규정에서 정한 보호조치를 요구하였음을 이유로 불이익을 초래하는 것이라는 점에서 신원 공개 여부에 관계없이 개별 사안에 따라 절차참가 범위를 판단하여야 한다고 보았다; *Prosecutor v. Bemba*, "Fourth Decision on Victims' Participation", ICC-01/05-01/08/320, 12 December 2008, Pre-Trial Chamber III, paras.99-110.

213) 로마규정 제69조 제4항에서는 재판소가 증거의 증명력 및 그 증거가 공정한 재판이나 증인의 증언에 대한 공정한 평가에 미칠 수 있는 모든 침해를 고려하여 증거의 관련성 또는 증거

항²¹⁴) 외에 전문법칙(hearsay rule), 진정성(authenticity) 등 증거능력에 관한 규정이나 증거가치의 판단기준에 관한 규정을 따로 두지 않고 그 판단을 재판부의 광범위한 재량에 일임하고 있다. 그리고 전심재판부는 관련성(relevance)이 있는 증거로서 증거가치(probative value)가 있다고 보이는 증거는 반대당사자가 증거능력이나 진정성에 대해 합리적으로 의심할 만한 증거를 제출하지 않는 이상 일응 증거능력이 있고 진정한 것으로 간주함으로써 당사자주의에서 요구하는 엄격한 증거법칙을 포기하였다.²¹⁵⁾

이는 ICC 역시 다른 국제형사법원과 마찬가지로 법률에 정통한 전문법관으로 구성되므로 굳이 증거능력을 제한하지 않더라도 재판관이 심증을 형성함에 있어서 예단이나 편견을 가질 위험이 적고, 따라서 배심제를 전제로 하는 영미법계의 엄격한 증거법칙을 적용할 필요가 없었기 때문이다. 무엇보다 각국의 다양한 국내형사송절차에 따라 수집·제출된 증거에 대해 엄격한 증거법칙을 일률적으로 적용할 경우 사실상 증거능

능력에 대하여 '결정할 수 있다(may rule on)'고 규정하여 공정성의 기준에 따라 재판부 재량으로 증거를 배제할 수 있도록 하였다; 권영범, "국제법상 증거배제법칙에 관한 고찰", 법조, vol.647 (2010), pp.250-256.

214) 로마규정 제69조 제7항, 절차및증거규칙 제63조 제3항에서는 로마규정 또는 국제적으로 승인된 인권을 위반하여 취득된 증거가 ① 그 위반이 증거의 신빙성에 대하여 상당한 의심을 야기하는 경우 또는 ② 그 증거의 인정이 절차의 엄결성에 반하거나 또는 이를 중대하게 침해하는 경우 '증거능력이 없고(shall not be admissible)', 이러한 증거는 당사자의 신청에 따라 또는 재판부 직권으로 그 증거능력을 '결정한다(shall rule on)'고 규정하여 "강제적인 증거배제원칙(absolute exclusionary rule)"을 선언하고 있다. 이와 관련하여 Lubanga Confirmation Decision, paras.69-86(콩고 민주공화국 정부가 인적사항이 밝혀지지 않은 교도소 수감자 소유의 가택을 위 소유자의 참여 없이 압수수색한 증거의 증거능력에 관하여, 위 증거가 국제적으로 승인된 인권인 프라이버시권을 침해하여 수집되었기는 하나, 증거의 신빙성에 의심의 여지가 없고 증거의 채택이 재판절차의 엄결성에 반하거나 이를 중대하게 침해하는 정도에 이르지 아니한다는 이유로 위 증거의 증거능력을 인정하였다), Mbarushimana Confirmation Decision, paras.54-65(재판소 사무국 직원이 압수된 증거물이 담긴 봉투의 봉인을 Mbarushimana 측의 참여 없이 해제하여 이는 위법한 압수수색절차라는 Mbarushimana 측 주장에 대하여, 위와 같은 압수수색절차가 로마규정이나 국제적으로 승인된 인권 위반에 해당한다고 보기 어렵다는 이유로 위 증거의 증거능력을 인정한 사례) 참고.

215) Lubanga Confirmation Decision, para.97; Mbarushimana Confirmation Decision, para.59.

력이 인정되는 증거가 극히 드물 것이라는 우려가 있다. 특히나 재판전 공소사실확인 심리에서는 검사가 서면 증거나 약식 증거를 제출할 수 있고 공판절차에서 증언할 증인을 소환할 필요도 없으므로 위 심리에 제출된 증거의 증거능력을 상세하게 평가하는 것은 부당하게 절차를 지연시킬 뿐만 아니라 크게 의미도 없다.

나. 증거의 관련성(Relevance) 및 증거가치(Probative Value)

증거의 관련성(relevance)이란 특정한 증거와 입증하고자 하는 사실 사이의 연관성을 말한다. 다만, 이때 증거는 증거가치(probative value)를 가져야만 관련성을 인정할 수 있으므로, 증거가치란 증거가 가진 중요성으로서 증거에 대한 질적인 평가라고 할 것이다. 각각의 증거는 로마규정 제61조 제7항 소정의 결정을 내리기 위해 일정한 정도의 증거가치를 가져야 한다.²¹⁶⁾

지금까지 재판전공소사실확인절차에서는 주로 익명 증인의 진술서 또는 그 요약본, 즉 ‘익명의 전문증거(anonymous hearsay evidence)’를 증거로 사용할 수 있는지가 문제되었다. 증인의 인적사항이 반대당사자에게 공개되면 증인이 심각한 보복을 받을 위험이 있는 경우 재판절차 밖에서 보호조치(절차및증거규칙 제16조 제4항)를 취하는 것 외에도 재

216) 주로 증거의 종류, 신용성(credibility), 신빙성(reliability), 출처, 취득 경위, 공소사실이나 피의자와의 관련성 등을 고려하여 재판전공소사실확인절차에 제출된 모든 증거를 토대로 개별 증거의 관련성과 증거가치를 판단한 다음 공소사실확인을 위한 입증기준에 충족하는지 여부를 결정한다. 특히 증인 진술의 신빙성을 판단할 때에는 자발성, 진실성, 신뢰성 등을 참작한다; Katanga Confirmation Decision, para.106; Bemba Confirmation Decision, paras.41-44, 58-60; Ruto *et al.* Confirmation Decision, para.68. 로마규정에서는 전문증거(hearsay evidence)를 증거능력이 아닌 증거가치의 문제로 보아, 증거에 담긴 해당 정보와 증거 전체의 일관성, 출처의 신용성, 출처에 대한 피의자 측의 이의 가능성 등을 고려하여 그 증거가치를 개별적으로 판단한다; Katanga Confirmation Decision, para.141; Mbarushimana Confirmation Decision, para.49.

판전공소사실확인절차 내에서는 증인의 인적사항을 밝히지 않고 증인의 진술서 또는 그 요약본 형태로 증거를 제출하도록 할 필요가 있기 때문이다. 로마규정이나 절차및증거규칙에서 익명의 출처로부터 취득한 전문 증거의 증거능력을 부정하지 않고 있고, 재판전공소사실확인절차의 심리 범위와 목적도 공판절차보다 제한되어 있으므로 익명의 전문증거에 대해 증거능력을 인정해도 무방할 것으로 보인다.²¹⁷⁾ 다만 약식 증거를 사용할 검사의 권리와 피의자의 증거이의권, 공정한 재판을 받을 권리 사이의 균형을 위해 이러한 익명의 전문증거의 증거가치는 이를 보강하는 다른 증거가 없는 한 낮게 보아야 할 것이다.²¹⁸⁾

217) Katanga Confirmation Decision, paras.159-160; Bemba Confirmation Decision, para.50; Abu Garda Confirmation Decision, paras.49-52; Mbarushimana Confirmation Decision, para.49; Ruto *et al.* Confirmation Decision, para.78.

218) Ruto *et al.* 사건에서 Kosgey의 공소사실과 관련하여 제출된 검사 측 증거가 익명의 전문 진술뿐만 아니라 Kosgey에 대한 공소사실확인이 거절된 바 있다; Ruto *et al.* Confirmation Decision, paras.78, 293.

제3절 전심재판부의 결정

I. 공소사실확인을 위한 입증기준

1. 믿을 만한 상당한 근거(substantial grounds to believe)를 뒷받침하는 충분한 증거(sufficient evidence)

검사는 공소사실확인 심리를 통해 당해인이 죄를 범하였다고 '믿을 만한 상당한 근거(substantial grounds to believe)'가 있다는 점을 '충분한 증거(sufficient evidence)'를 들어 증명하여야 한다(로마규정 제61조 제5항). 공소사실확인을 위한 입증책임에 대하여 명시적인 규정은 없지만, 당연히 검사에게 그 입증책임이 있다고 할 것이다.²¹⁹⁾

입증기준은 ① '믿을 만한 상당한 근거'와 ② '이를 뒷받침하는 충분한 증거', 두 가지 요건으로 이루어져 있다. 우선 ① 전심재판부는 '믿을 만한 상당한 근거'는 '믿을 만한 강한 근거(strong grounds for believing)',²²⁰⁾ 또는 '중요한(significant)', '확실한(solid)' 근거²²¹⁾를 의미한다고 해석하였다. 이러한 해석의 근거로는 유럽인권재판소(European Court of Human Rights, 이하 'ECHR'이라 한다) 결정²²²⁾을 비롯한 다수의 인권 관련 판례를 예로 들었다. 그리고 ② '충분한 증거'란 검사가 '

219) G. M. Pikis, *supra* note 208, para.333. 반면, 로마규정 제66조 제2항에서는 피고인의 유죄를 입증할 책임이 검사에게 있다고 분명하게 명시하고 있다.

220) Lubanga Confirmation Decision, para.38; Katanga Confirmation Decision, para.65.

221) Bemba Confirmation Decision, para.29.

222) ECHR, *Soering v. the United Kingdom*, Judgement of 7 July 1989, Application No. 14038/88; *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, Judgement of 4 February 2005, Applications Nos. 46827/99 and 46951/99; *Chahal v. the United Kingdom*, Judgement of 15 November 1996, Application No. 22141/93, para.97.

특정한 공소사실을 뒷받침할 명확한 입증 전개를 보여주는 구체적이고 실체적인 증거(concrete and tangible proof demonstrating a clear line of reasoning underpinning [his] specific allegations)'를 제공하는 것을 의미한다고 보았다.²²³⁾ 그리고 전심재판부는 재판전공소사실확인절차에서 채택된 모든 증거를 '전체로서(as a whole)' 평가하여야 함을 강조하고 있다.²²⁴⁾

그런데 여기서 전심재판부가 ECHR의 결정을 원용한 부분은 다소 의문이다. ECHR의 결정에서 사용된 '믿을 만한 강한 근거(strong grounds for believing)'라는 문구는 '믿을 만한 상당한 근거'에 대한 정의를 내리기 위해 쓴 것이 아니었다. 이는 사형수 현상(death row phenomenon)이 나타날 우려가 있는 범죄자를 해당 국가로 추방하는 것이 고문 금지에 관한 유럽인권협약(European Convention on Human Rights) 제3조에 반하는지 여부를 판단하는 과정에서 사용된 논거로서, 공소제기의 타당성 심사와는 그 맥락이 전혀 다르다.²²⁵⁾ 따라서 ECHR의

223) Lubanga Confirmation Decision, para.39; Katanga Confirmation Decision, para.65; Bemba Confirmation Decision, para.29; Mbarushimana Confirmation Decision, para.40; Muthaura *et al.* Confirmation Decision, para.52; Ntaganda Confirmation Decision, para.9; *Prosecutor v. Laurent Gbagbo*(이하 'Gbagbo'라 한다), "Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo", ICC-02/11-01/11-656-Red, 12 June 2014, Pre-Trial Chamber I(이하 'Gbagbo Confirmation Decision'이라 한다), para.19; Bemba *et al.* Confirmation Decision, para.25; *Prosecutor v. Charles Blé Goudé*(이하 'Blé Goudé'라 한다), "Decision on the confirmation of charges against Charles Blé Goudé", 11 December 2014, ICC-02/11-02/11-186, Pre-Trial Chamber I(이하 'Blé Goudé Confirmation Decision'이라 한다), para.12; Ongwen Confirmation Decision, para. 17; Mahdi Confirmation Decision, para.18.

224) Lubanga Confirmation Decision, paras.38-39; Katanga Confirmation Decision, paras.62-65; Abu Garda Confirmation Decision, paras.35-39; Banda and Jerbo Confirmation Decision, paras.29-31; Mbarushimana Confirmation Decision, paras.39-41; Ruto *et al.* Confirmation Decision, para.40.

225) ECHR은 *Soering v. the United Kingdom* 사건에서 영국이 서독 국민인 살인범 Soering을 미국으로 추방하게 되면, Soering이 미국에서 기소되어 사형에 처해질 수 있고 사형이 집행되기까지는 6년 내지 8년을 기다려야 하는데, 그의 나이와 정신 상태로 볼 때 사형수 현상(death row phenomenon)이 나타날 위험이 매우 크다고 하면서, "Soering이 추방되면 인도요청국인 미국으로부터 고문이나 기타 다른 비인도적이며 모욕적인 대우나 처벌을 받을 실질적

위 결정은 검사가 '재판을 개시할 충분한 증거(sufficient evidence to go to trial)'가 있음을 입증하기 위해선 어느 정도 구체적이고 실체적인 증거를 제시하여야 한다는 가이드라인 정도로만 이해하여야 할 것이다.

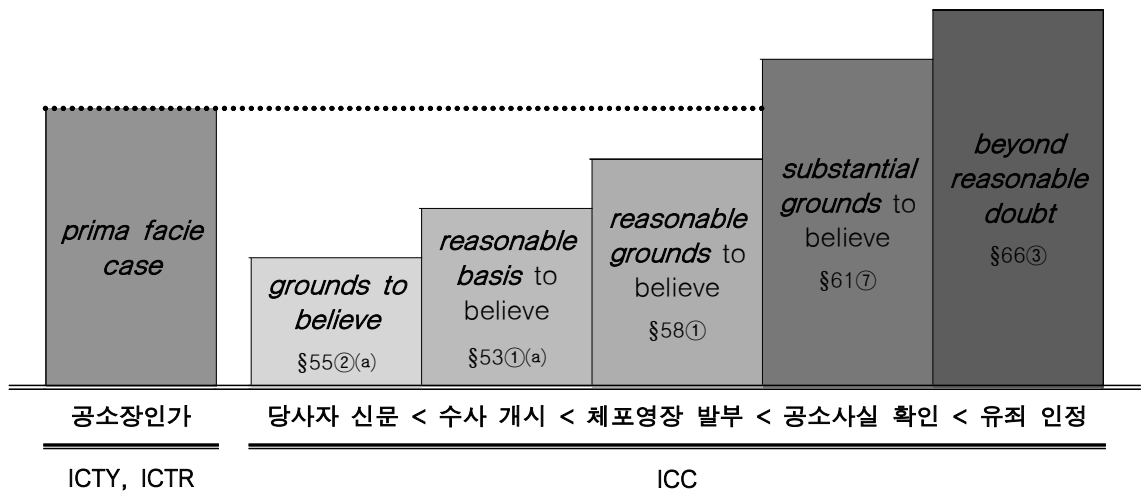
2. 다른 절차와의 비교

로마규정에서는 수사 단계에서부터 공판절차에 이르기까지 절차별로 각기 다른 입증기준을 두고 있다. 그 입증기준은 각 절차에서의 결정이 피의자의 신체와 자유에 미칠 영향과 비례하여 아래 도표에서 보는 바와 같이 공판절차로 갈수록 점점 엄격해진다.²²⁶⁾ '믿을 만한 상당한 근거'의 입증기준은 로마규정 제58조 제1항 (a)에 따른 체포영장 발부 요건인 '믿을 만한 합리적인 근거(reasonable grounds to believe)'를 약간 넘어서되,²²⁷⁾ 피고인에게 유죄를 선고하기 위한 입증기준인 로마규정 제66조 제3항의 '합리적인 의심의 여지가 없는(beyond reasonable doubts)' 정도에는 미치지 못한다. 한편, ICTY, ICTR에서는 '*prima facie case*', 즉 일응 증거가 확실하여 반증이 없으면 유죄가 선고될 사건인지 여부에 따라 공소장 인가 여부를 결정한다. 로마규정이나 절차및증거규칙에 공소사실확인을 위한 입증기준의 내용에 대한 세부 규정을 두지 않은 관계로 다른 재판절차에서의 입증기준과 비교하여 살펴보는 것이 구체적인 입증의 정도와 내용을 파악하는 데 용이할 것으로 생각된다.

인 위험이 있다고 '믿을 만한 상당한 근거(substantial grounds have been shown for believing)'가 있어 유럽인권협약 제3조('어느 누구도 고문 기타 다른 잔인하고 비인도적이며 모욕적인 대우를 받지 않는다')가 침해될 수 있으므로, 추방국인 영국은 그 위험에 대해 책임을 져야 한다"고 판시하였다; ECHR, *Soering v. the United Kingdom*, *supra* note 222, para.91.

226) Bemba Confirmation Decision, para.27; Ruto *et al.* Confirmation Decision, para.40.

227) 체포영장 발부에 앞서 검사 또는 국가 당국이 개인을 신문하기 위해서는 그가 재판소 관할 범죄를 범하였다고 '믿을 만한 근거(grounds to believe)'가 있어야 한다고 규정하여(로마규정 제55조 제2항), 로마규정 제58조 제1항 (a)의 요건보다 더 낮은 정도의 입증을 요한다.



【표 2】 ICTY, ICTR 공소장 인가절차와 ICC의 각 재판단계에서의 각 입증기준

가. 체포영장 등 발부를 위한 입증기준 : ‘믿을 만한 합리적인 근거 (reasonable grounds to believe)’

검사는 수사 개시 후 언제라도 전심재판부에 체포영장 또는 소환장 발부를 신청할 수 있다. 전심재판부는 검사가 제출한 신청서와 증거를 검토하여 ‘당해인이 재판소 관할범죄를 범하였다고 믿을 만한 합리적 근거(reasonable grounds to believe that the person committed the crime alleged)’가 있다고 판단하는 경우²²⁸⁾ 체포영장 또는 소환장을 발부한다

228) 전심재판부는 위 입증기준의 해석에 있어 유럽인권협약 제5조 제1항 (c)의 ‘합리적 의심 (reasonable suspicion)’ 기준과 미주인권재판소(Inter-American Court of Human Rights)의 미주인권협약(American Convention on Human Rights) 제7조(개인적 자유에 관한 권리)와 관련된 판례를 참고하라고 판시하고 있다; *Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman*, "Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the Statute", ICC-02/05-01/07-1, 1 May 2007, Pre-Trial Chamber I.

(로마규정 제58조 제1항 (a), 제7항). 재판전공소사실확인절차와는 달리 체포영장 등 발부절차는 일방심리(*ex parte* hearing)로 진행되므로, 피의자는 위 절차에 출석하거나 의견을 제출할 수 없고, 전심재판부는 오로지 검사 측 주장과 증거에만 기초하여 체포영장 등을 발부한다. 여기서 말하는 '합리적 근거'라는 기준은 많은 법제도하에서도 자주 원용되는 표현이나 단일하고 명확한 정의를 내리기는 어렵다. 다만 ICTY, ICTR 공소장 인가절차의 '*prima facie* case'의 입증기준과 비교할 때 1994년 ILC 초안에서 '*prima facie* case' 개념이 공소제기 단계에서 '(피의자가 다투지 않는 한) 피의자에 대하여 유죄를 선고할 충분한 근거가 있는 사건'을 의미하는 표현으로 사용되었던 점을 감안하면, 체포영장 등 발부를 위한 '합리적 근거'의 기준은 '*prima facie* case' 기준보다 낮은 정도의 입증이면 족하다고 보인다.

지금까지 ICC에서 검사의 체포영장 신청은 거의 대부분 인용되었다. 전심재판부가 검사의 체포영장 신청을 기각한 경우는 Ntaganda(전부 기각)²²⁹⁾와 Al-Bashir(일부 기각)²³⁰⁾가 유일한데, 그나마도 Ntaganda에 대한 체포영장 신청 기각결정은 상소심에서 파기되었다.²³¹⁾

229) 전심재판부는 재판적격성이 없다는 이유로 검사의 체포영장 신청을 기각하였다; *Prosecutor v. Ntaganda*, "Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58", ICC-01/04-118-US-Exp-Corr, 10 February 2006, Pre-Trial Chamber I, p.66.

230) 검사는 Al-Bashir에 대하여 전쟁범죄와 인도에 반한 죄, 집단살해죄로 체포영장 발부를 신청했는데, 전심재판부는 그 중 집단살해 혐의에 대해 Fur, Masalit, Zaghawa 세 종족 집단을 향한 파괴 의도가 있었다고 볼 증거가 부족하다는 이유로 일부 기각하였다; *Situation in Darfur*, "Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al-Bashir", ICC-02/05-01/09-3, 4 March 2009, Pre-Trial Chamber I, para.202-207.

231) 상소심재판부는 당사국이나 피의자가 재판적격성에 관하여 이의를 제기하는 등 특별한 사정이 없는 한 재판적격성의 존재는 체포영장 발부요건이 아니라는 이유로 전심재판부의 결정을 파기하였다; *Prosecutor v. Ntaganda*, "Judgement on the Prosecutor's appeal against the Decision of Pre-Trial Chamber I entitled 'Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58', ICC-01/04-169, 13 July 2006, Appeals Chamber.

나. 유죄 인정을 위한 입증기준 : '합리적 의심의 여지가 없는 증명 (proof beyond reasonable doubts)'

재판전공소사실확인절차가 '재판 전 재판(trial before trial)'로 변질되는 것을 방지하고 1심재판부의 피고인의 유무죄에 대한 예단을 배제하기 위해서는 공소사실 확인을 위한 '믿을 만한 상당한 근거' 기준과 유죄 인정을 위한 '합리적 의심의 여지가 없는 증명(proof beyond reasonable doubts)' 기준을 서로 명확하게 구분할 필요가 있다.

로마규정 초안자들이 양 절차 사이에 증거조사 방법의 차이를 둔 것도 이러한 이유에서 고안해낸 일종의 절차적 장치였다.²³²⁾ 즉, 재판전공소사실확인절차에서는 검사가 서면 증거 또는 약식 증거를 제출하거나 재판에서 증언할 것으로 예상되는 증인을 소환하지 않을 수 있도록 함으로써 전심재판부의 공소사실확인결정의 근거가 된 증거와 1심재판부의 유무죄 판단 근거가 될 증거가 다를 수밖에 없도록 만든 것이다. 또한 재판전공소사실확인절차에서 채택된 증거가 포함되어 있는 사건기록이 1심재판부에 송부되더라도 당사자들이 별도로 합의하지 않는 한 공판절차에서 자동으로 증거로 채택되는 것은 아니라 새로운 증거 신청·제출 절차를 거쳐야 한다. 위 각 절차에서 판단의 근거가 되는 증거가 완전히 동일하다면, 양 절차의 심리가 중복되는 것이 불가피하기 때문이다. 전심재판부의 증거 판단이 1심재판부의 판단에 구속력을 미치지 않도록 한 것도 같은 맥락이다.

다. ICTY, ICTR 공소장 인가절차에서의 입증기준 : '*prima facie case*'의 존재

232) K. Shihabara & W. A. Schabas, *supra* note 10, p.1175.

로마규정 초안자들은 ICTY, ICTR의 재판절차와 실무를 참고하여 재판전공소사실확인절차를 규정하였으므로 ICTY, ICTR의 실무와 판례경향을 살펴볼 필요가 있다. ICTY, ICTR에서 공소장 확인을 위한 입증기준인 '*prima facie case*'의 존재(ICTY 절차및증거규칙 제19조 제1항, ICTR 절차및증거규칙 제18조 제1항)는 '피의자 측이 반박하지 않은 상태에서 보았을 때 유죄로 인정할 만한 충분한 근거가 될 수 있다고 믿을 만한 증거'가 존재하는지 여부를 말한다.

그런데 구체적인 해석에 있어서는 견해가 나뉜다. 초기 ICTY 결정에서는 '*prima facie case*'가 곧 ICTY, ICTR 각 절차및증거규칙 제47조 (B) 소정의 '피의자가 재판소 관할범죄를 범하였다고 믿을 만한 합리적인 근거(reasonable grounds for believing that a person has committed a crime falling within the jurisdiction of the tribunals)'를 의미한다고 보았다.²³³⁾ 그러나 *Kordić et al.* 사건에서는 위 규정이 공소장 심사에 적용되지 않고 공소장인가 기준은 그보다 높다면서, 1994년 ILC 초안의 주석을 근거로 하여 '*prima facie case*'는 '(피의자 측이 반박하지 않은 상태에서 보았을 때) 피의자에게 유죄판결을 선고할 충분한 근거가 있는 확실한 사건[a credible case which would (if not contradicted by the Defence) be a sufficient basis to convict the accused on the charge]'을 말한다고 판시하였다.²³⁴⁾

위 판시 중 '유죄판결'이라는 표현 때문에 '*prima facie case*' 기준이 '믿을 만한 상당한 근거' 기준보다 높은 정도의 입증을 요한다고 볼 여

233) G. de Beco, "The Confirmation of Charges before the International Criminal Court: Evaluation and First Application", *International Criminal Law Review*, vol.7 (2007), pp.474-475, pp.469-481.

234) *ICTY Prosecutor v. Kordić et al.*, *supra* note 95, pp.2-3.

지도 있다. 그러나 로마규정 제61조 제7항 소정의 '믿을 만한 상당한 근거'의 입증기준은 '*prima facie case*'의 입증기준과 그 문구는 물론 적용국 면도 다르므로 이를 동일하게 볼 수 없다. ICTY 절차및증거규칙 제47조 (B)의 '믿을 만한 합리적인 근거(reasonable grounds for believing)'라는 표현은 재판전공소사실확인절차보다 앞선 단계인 체포영장 발부에 관한 로마규정 제58조 제1항 (a)에서 사용되었다. 더구나 피의자의 출석 없이 오로지 검사의 신청에 의해 재판관 1명의 일방심리(*ex parte hearing*)로 진행되는 ICTY, ICTR 공소장 인가절차의 모습은 ICC의 재판전공소사실확인절차보다는 오히려 체포영장 발부절차에 가깝다(다만 위 가.항에서 언급한 바와 같이 1994년 ILC 초안 작성과정에 비추어 볼 때, 체포영장 발부 기준은 '*prima facie case*' 기준보다 낮다). ICTY, ICTR 공소장 인가절차가 전심재판의 맨 앞 단계에 위치한 반면, 재판전공소사실확인절차는 전심재판의 가장 마지막 관문이라는 점도 간과해선 안된다. 이러한 점에서 공소사실 확인을 위한 입증기준인 '상당한 근거(substantial ground)'는 ICTY, ICTR의 공소장 인가절차보다 더 높은 정도의 입증을 요한다고 할 것이다. Katanga 사건에서도 전심재판부는 "로마규정에 '상당한 근거' 기준을 도입함으로써 1994년 ILC 초안 제27조의 '*prima facie case*'의 의미와 범위에 관한 논쟁은 이제 끝났다"는 말을 인용하였다.²³⁵⁾

이처럼 공소사실 확인을 위한 입증기준에 대해 분명하고 획일적인 정의를 내리기는 쉽지 않다. 그러나 여기서 단 하나 분명한 점은 로마규정 초안자들이 ICTY, ICTR의 공소장 인가기준과는 구별되는 표현을 사용함으로써 재판전공소사실확인절차에서는 ICTY, ICTR의 공소장 인가선례를 답습하지 않고 공판절차 외부 실익에 대해 충분한 심리를 거쳐 사건의 여과기능을 수행하되, 자칫 피의자의 유무죄 판단을 위한 심리에

235) Katanga Confirmation Decision, para.62.

치우치는 것을 방지하기 위해 재판전공소사실확인절차에 제출될 증거의 형태, 증거 신청·제출방식, 전심재판부 증거 판단의 1심재판부에 대한 구속력 등에 있어 상당한 제약을 두었다는 점이다. 아래에서는 이러한 입증기준이 구체적인 사건에 적용된 경우 그 증명의 정도에 따라 전심재판부의 결정이 어떻게 달라지는지, 또 그 결정의 효력은 어떠한지에 관하여 살펴본다.

II. 결정 방식

1. 공소사실확인결정

가. 로마규정의 내용

심리를 마친 전심재판부는 믿을 만한 상당한 근거를 형성하는 충분한 증거가 있다고 판단한 공소사실을 전부 또는 일부 확인하고, 확인된 공소사실에 대한 재판을 위해 피의자를 1심재판에 회부한다(로마규정 제61조 제7항 (a)). 그리고 전심재판부가 심리에 제출된 증거를 비롯하여 증거개시된 증거가 모두 포함된 사건 기록을 소장단에 전달하면, 소장단은 1심재판부를 구성하여 담당 재판부에 사건을 배당한다. 이로써 피의자는 피고인의 지위를 갖게 된다.²³⁶⁾

236) 외교부의 로마규정 국문번역문에는 로마규정 제61조 제9항 전문이 "공소사실이 확인된 후 재판이 시작되기 전, 검사는 전심재판부의 허가를 받고 또한 '피의자'에게 통지한 후 공소사실을 수정할 수 있다"로 번역되어 있다. 그러나 로마규정 원문에는 'the person charged' 또는 'the person'이 아니라 'the accused'로 되어 있을 뿐만 아니라 공소사실확인결정 이후에는 피의자가 피고인의 지위를 갖게 되므로, 위 규정 중 'the accused'는 '피고인'이라고 번역하는 것이 정확하다.

현재 재판전공소사실확인절차가 종결된 피의자 총 23명 중 Lubanga, Banda, Jerbo, Ruto, Sang, Gbagbo, Blé Goudé, Mahdi 8명에 대하여 공소사실 전부를 확인하는 결정이 내려졌다. 그리고 Katanga, Ngudjolo,²³⁷⁾ Ntaganda, Bemba,²³⁸⁾ Muthaura, Kenyatta,²³⁹⁾ Bemba, Kilolo, Mangenda, Babala, Arido(Bemba *et al.* 사건), Ongwen 총 11명에 대한 공소사실은 그 중 일부에 대해서만 확인결정이 내려졌다.

나. 공소사실확인결정의 구속력 범위

검사가 제출한 공소사실은 전심재판부의 확인을 받아야만 비로소 1심재판부의 심리대상이 된다. 그리고 공소사실의 자속성과 특정성, 공소사실의 범위와 내용 등 모든 본안전 쟁점에 관한 다툼은 이로써 종결되고, 1심재판부는 더 이상 이 부분에 관하여 판단할 수 없다. 그리고 공소사실확인결정에 기재된 사실과 정황, 그 법적 구성은 1심재판부에 대하여 구속력을 가지므로 1심재판부는 위 결정에 명시된 공소사실에 대해서만 심리를 할 수 있다. 주의할 것은 결론을 도출하기 위한 근거, 예컨대 사건의 배경, 부수적 사실, 증거가치 등에 관한 전심재판부의 판단에는 구속력이 없어서, 검사가 1심재판에서 이 부분에 관하여 다른 주장·증거를 제출할 수 있고 1심재판부도 전심재판부의 결정에 구애 없이 달리 심리할 수 있다는 점이다. 그러나 어떤 사항이 사실과 정황에 해당하는지 또는 사건의 배경과 부수적 사실, 증거가치에 대한 판단에 해당하는지의

237) 전쟁범죄와 인도에 반한 죄 중 살해(murder), 고의적 살해(wilful killing), 소년병 이용, 민간인 공격, 약탈, 재산 파괴에 관한 공소사실은 확인하였으나, 비인도적인 대우, 인간의 존엄성에 대한 유린행위에 관한 공소사실의 확인은 거절하였다.

238) 살해, 강간, 약탈을 포함한 전쟁범죄, 인도에 반한 죄에 관한 공소사실은 확인하였으나, 고문, 인간의 존엄성에 대한 유린행위에 관한 공소사실의 확인은 거절하였다.

239) 살해, 추방 또는 강제이주, 비인도적인 행위, 약탈에 관한 공소사실은 확인하였으나, 성폭력을 포함한 다른 6개 공소사실의 확인은 거절하였다.

구별은 실제에 있어 용이하지 않은 경우가 많다. 이에 대하여 Lubanga 사건의 상소심재판부는 다음과 같이 판시하였다.

'사실(facts)'은 *기소된 범죄의 각 구성요건을 뒷받침하는 사실에 대한 주장(factual allegations which support each of the legal elements of the crime charged)*을 의미한다. DCC나 공소 사실확인결정에 포함되어 있다고 하더라도 기소된 범죄의 구성요건과 무관한 *사건의 배경(background)*, *그 밖의 정보(other information)*, 검사가 공소사실확인 심리에서 공소사실을 입증하기 위해 제출한 *증거(evidence)*는 사실에 대한 주장과 구별되어야 한다.²⁴⁰⁾

'사실'과 '증거'를 구별하는 것은 크게 어렵지 않지만, '사건의 배경'이나 '그 밖의 정보'를 구별하는 것은 쉽지 않다. 예컨대, 개개의 사건의 시간, 장소, 피해자 등을 일일이 특정하기 어려운 대량학살범죄가 기소된 경우 1심재판부의 심리대상이 공소장에 기재되어 공소사실확인의 기초가 된 개별 사건에만 국한되는지 혹은 법적 성격, 시간 또는 장소 등이 동일하거나 유사한 다른 사건들도 모두 포함되는지 문제될 수 있다. 최근 공소사실확인결정의 판시내용에 비추어 보면, ICC는 이러한 동일·유사한 개별 사건들을 '공소사실에 기재된 사실과 정황'의 일부가 아니라 '공소사실에 기재된 사실을 설명하고 뒷받침하는 부수적인 사실(facts ... subsidiary to the facts described in the charges, serving the purpose

240) *Prosecutor v. Lubanga*, "Judgement on the appeals of Mr Lubanga Dyilo and the Prosecutor against the Decision of Trial Chamber I of 14 July 2009 entitled 'Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterization of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court'", ICC-01/04-01/06-2205, 8 December 2009, Appeals Chamber, para.90.

of demonstrating or supporting their existence)’로 보는 듯하다.²⁴¹⁾ 그러나 이러한 판단은 자칫 1심재판부의 심리범위가 과도하게 확대되어 피고인의 방어권을 침해할 우려가 있고, 특정 가능한 사건을 제대로 특정하지 못한 검사의 과실을 피고인에게 전가하는 것이라는 점에서 바람직하지 않다. 따라서 단지 공소사실에 기재된 사실과 정황, 법적 성격, 시간 또는 장소 등이 동일하거나 유사하다는 사정만으로 별개의 독립된 사건을 심리대상으로 삼아서는 안될 것이다. 근래 들어 ICC 실무에서는 양자의 명확한 구별을 위해 공소사실확인결정의 본문(*operative part*)에 검사가 제출한 공소사실을 문자 그대로(*verbatim*) 기재하고 따로 각주나 참조를 표시하지 않도록 하고 있다.²⁴²⁾

2. 공소사실확인거절결정

전심재판부는 피의자의 범죄혐의를 뒷받침하는 증거가 불충분하다고 판단한 공소사실에 대해 확인거절결정을 내리고, 이로써 재판은 바로 종결된다(로마규정 제61조 제7항 (b)). 다만 검사는 수사를 계속할 수 있고 추가증거가 보강되면 다시 공소사실 확인을 요청할 수도 있다(로마규정 제61조 제8항). 확인거절된 공소사실에 대하여 발부된 영장은 효력을 상실하여 더 이상 집행할 수 없으므로(로마규정 제61조 제10항), 피의자는 즉시 석방된다. 현재까지 전심재판부는 Abu Garda,²⁴³⁾ Mbarushimana,²⁴⁴⁾ Kosgey,²⁴⁵⁾ Ali²⁴⁶⁾ 총 4명에 대하여 공소사실확인을

241) Banda and Jerbo Confirmation Decision, para.36; Abu Garda Confirmation Decision, para.47; Muthaura *et al.* Confirmation Decision, para.59

242) ICC, Chambers Practice Manual (May 2017), p.18.

243) Abu Garda와 하스카니타 군부대지에 대한 무력공격 사이에 아무런 연관이 없다는 이유로 공소사실확인을 거절한 사안; Abu Garda Confirmation Decision, paras.173, 178-179, 196, 208, 213, 215(한편, 별개의견에서는 사실관계에 대한 검사 측 증거의 흠결이 너무나 기본적이고 중대하여 사안의 법률적 쟁점에 대해 판단할 필요가 없다고 판시하였다).

거절하였다.

3. 심리연기결정

전심재판부는 심리를 연기하면서²⁴⁷⁾ 검사를 상대로 ① 특정한 공소 사실과 관련하여 추가 증거를 제출하거나 추가 수사를 행할 것, 또는 ② 제출된 증거가 재판소의 다른 관할범죄를 구성하는 것으로 보인다는 이유로 공소사실을 수정할 것을 고려하도록 요청할 수 있다(로마규정 제61조 제7항 (c)). 심리연기결정은 앞서 본 공소사실확인 또는 확인거절결정은 성격이 다르다. 공소사실확인 여부에 대한 결정은 공소사실확인의 심리대상, 즉 DCC에 기재되어 공소사실확인 심리기일에서 쟁점이 된 공소사실 그 자체에 관한 판단으로서 검사, 피의자 및 피해자참가인이 제출한 주장과 증거를 토대로 한다. 즉, 일종의 본안판단이다. 반면, 심리연기결정은 본안에 관한 판단은 일단 보류하고 제출된 증거나 사실관계에

244) 검사가 제출한 공소사실의 사실관계가 지나치게 모호하여 공소사실의 개수조차 판단하기 어려울 뿐만 아니라 특정 범죄구성요건의 존재를 뒷받침하는 증거도 전혀 제출되지 않았고, 유일한 증인은 구체적인 사실을 알지도 못하고 있었으며, 공소사실에 관한 유일한 증거는 익명의 전문진술뿐이라는 이유로 공소사실확인을 거절한 사안; Mbarushimana Confirmation Decision, paras.110-113, 134-135, 204-206.

245) ICC 관할범죄를 저지른 단체에 Kosgey가 관련되어 있다는 점에 관한 증거가 익명의 증인 1명이 유일하다는 이유로 공소사실확인을 거절한 사안(익명 증인의 증거가치는 낮고 다른 보강증거가 있어야만 그 신빙성을 인정할 수 있다고 보았다); Ruto *et al.* Confirmation Decision, para.293.

246) 유일한 검사 측 증거가 Ali의 지휘하에 케냐 경찰의 범죄행위가 반인도범죄를 저지르자는 '정책(policy)'의 일환으로 이루어졌다는 취지의 공소사실과 상반된다는 이유로 공소사실확인을 거절한 사안; Muthaura *et al.* Confirmation Decision, para.266.

247) '심리(hearing)'의 개념을 '구두 심리기일(oral session)'로 국한하여 좁게 해석할 경우 심리기일 종료 전까지만 심리연기결정을 내릴 수 있는 것인지 의문이 들 수 있으나, 심리기일 이후라도 재판부가 공소사실확인 또는 확인거절에 관한 최종 결정을 내리지 않는 이상 심리연기결정을 내릴 수 있다고 봄이 합리적이다; *Prosecutor v. Bemba*, "Decision Adjourning the Hearing pursuant to Article 61(7)(c)(ii) of the Rome Statute", ICC-01/05-01/08-388, 3 March 2009, Pre-Trial Chamber III(이하 'Bemba Adjournment Decision'이라 한다), para.37.

대한 법적 구성의 미흡한 부분을 보완하는 데 그 목적이 있는바, 제출된 증거나 공소사실 내용만으로는 공소사실확인 또는 확인거절결정을 내릴 수 없을 때 이루어진다.²⁴⁸⁾

가. 추가 증거 제출 또는 추가 수사를 위한 심리연기결정

전심재판부는 제출된 증거를 전체적으로 심리한 결과 입증의 정도가 공소사실을 확인할 정도에는 이르지 않지만 그렇다고 하여 공소사실 확인을 거절할 정도로 입증이 부족한 것은 아닌 때 검사에게 추가 증거 제출 또는 추가 수사를 고려할 것을 요청하고 심리연기결정을 내릴 수 있다(로마규정 제61조 제7항 (c)(i)). 이후 추가 증거가 제출되면 공소사실 확인 여부에 관한 최종 결정을 내린다. 그런데 실제 진실 발견이라는 명목하에 장기간 심리를 연기하면서 추가 증거 제출 등을 요구하는 것은 재판전공소사실확인절차의 제한된 심리범위와 목적에서 벗어나고 재판을 지연시킬 우려가 있으므로 전심재판부가 추가 증거 제출 등을 이유로 심리연기결정을 내림에 있어서는 신중을 기해야 한다.²⁴⁹⁾

실무에서는 Katanga 사건에서 Anita Ušacka 재판관이 Katanga에 대한 공소사실 중 일부에 대하여 심리를 연기하고 추가 증거 제출을 요청하여야 한다는 반대의견을 낸 바 있고,²⁵⁰⁾ Gbagbo 사건에서 전심재판부가 2013. 2. 19.부터 2013. 2. 28.까지 공소사실확인 심리기일을 연 후 2013. 6. 3. 다수의견으로 심리를 연기하면서 검사에게 공소사실 전체에 대하여 추가 증거 제출 또는 추가 수사를 고려할 것을 요청하였다.²⁵¹⁾

248) Bemba Adjournment Decision, paras.13-15.

249) K. Ambos & D. Miller, *supra* note 25, p.347.

250) Katanga Confirmation Decision, Partly Dissenting Opinion of Judge Anita Ušacka, para.29.

251) *Prosecutor v. Gbagbo*, "Decision adjourning the hearing on the confirmation of

그런데 검사가 전심재판부의 결정에 따라 추가 증거를 제출한 경우 피의자의 방어권 보장을 위해 심리기일을 다시 열어야 하는지 문제된다. Gbagbo 사건에서 Gbagbo 측은 수정된 DCC와 새로운 증거목록을 통지 받은 후 기존의 공소사실 중 상당 부분이 변경되었음을 이유로 서면이 아닌 구두심리를 통해 추가 공소사실에 관한 Gbagbo 측 주장을 제출할 수 있게 해달라고 전심재판부에 요청하였다. 전심재판부는 구두심리 요청을 받아들이지 않은 대신 준비서면의 쪽수 제한을 300쪽까지로 허용하였다. 종전 심리기일에서 이미 양측 주장이 충분히 제출된 이상 별도의 구두심리 없이 서면을 기초로 심리하더라도 절차의 공평성과 정의에 반하지 않을 뿐만 아니라, 심리연기결정이 '새로운(new)' 공소사실확인절차는 아니라는 이유에서였다.²⁵²⁾ 이는 재판의 신속 및 효율성과 피의자의 방어권 보장을 절충한 선택이었다고 보인다.

나. 공소사실 수정을 위한 심리연기결정

전심재판부는 심리 결과 공소사실과 '다른 범죄(different crime)'가 성립하는 등 법적 구성에 문제가 있을 때 심리를 연기하고 검사에게 공소사실 수정을 '고려하도록(to consider)' 요청할 수 있다(로마규정 제61조 제7항 (c)(ii)). 전심재판부는 공소사실 변경 없이 공소사실과 다른 범죄사

charges pursuant to article 61(7)(c)(i) of the Rome Statute", ICC-02/11-01/11-432, 3 June 2013, Pre-Trial Chamber I (이하 'Gbagbo Adjournment Decision'이라 한다), p.22. 검사는 2014. 1. 13. 수정된 DCC 및 증거목록을 제출하였고; "Prosecution's Submission of Document amendé de notification des charges, l'Inventaire amendé des éléments de preuve à charge, and le Tableau amendé des éléments constitutifs des crimes, and Response to issues raised by Pre-Trial Chamber I", ICC-02/11-01/11-592, 13 January 2014, Office of the Prosecutor, 전심재판부는 2014. 6. 12. 공소사실 전부를 확인하는 결정을 내렸다.

252) *Prosecutor v. Gbagbo*, "Decision on Defence requests related to the continuation of the confirmation proceedings", ICC-02/11-01/11-619, 14 February 2014, Pre-Trial Chamber I, paras.26-32.

실을 유죄로 판단할 의무가 없고 그럴 권한도 없으므로 이러한 경우 원칙적으로는 공소사실확인을 거절하여야 한다. 그러나 신속한 실체 진실의 발견과 정의 실현을 위해 일단 검사에 대하여 유죄 가능성이 있는 법적 구성으로 수정할 것을 검토하도록 하고, 피의자에게는 공판전 단계에서 수정된 공소사실에 대한 의견 제출 기회를 부여하기 위해 위와 같은 규정을 두었다.²⁵³⁾ 위 규정 중 '다른 범죄(different crime)'에는 로마규정 제6조, 제7조, 제8조 소정의 범죄내용뿐만 아니라 제25조, 제28조 소정의 책임형태도 포함된다.²⁵⁴⁾ 또한 전심재판부는 공소사실 수정을 위한 심리연기결정을 통해 검사에게 공소사실 수정을 '고려하도록(to consider)' 요청하는 것이므로, 검사에게 그 다른 관할범죄의 성립을 입증하거나 그 범죄로 공소사실을 수정할 '의무'는 없다(로마규정 제54조 제1항 (a)).²⁵⁵⁾ 이는 어디까지나 검사의 재량에 달려 있다. 사건을 수사하고 공소사실을 법적으로 구성하는 것은 검사의 책임이며, 전심재판부의 책임은 이러한 검사의 권한 행사에 대하여 적절한 사법적 감독 기능을 수행하는 데 있기 때문이다.

Bemba 사건에서 검사가 Bemba를 정범(로마규정 제25조 제3항 (a))으로 기소하였는데, 전심재판부는 2009. 3. 3. 검사에게 상급자책임(로마규정 제28조) 형태로 수정된 DCC를 2009. 3. 30.까지 제출할 것을 고려하도록 요청하고 심리를 연기하면서, 공소사실 수정을 위한 심리연기결정의 요건과 기준에 대해 상세한 해석을 내놓았다.²⁵⁶⁾ 그 판시에 따르면,

253) Lubanga Confirmation Decision, para.203.

254) *Ibid.*, para.26.

255) Bemba Adjournment Decision, paras.38-39; W. A. Schabas, *supra* note 163, p.294.

256) Bemba Adjournment Decision, paras.17-20, 25. 검사는 2009. 3. 30. 수정된 DCC와 증거목록을 제출하였고("Prosecution's Submission of Amended Document Containing the Charges, Amended List of Evidence and Amended In-Depth Analysis Chart of Incriminatory Evidence" and its related Annexes, ICC-01/05-01/08-395, 30 March 2009, Office of the Prosecutor), 전심재판부는 2009. 6. 15. 변경된 공소사실 중 일부를 확인하는 내용의 결정을 내렸다.

전심재판부는 공소사실 수정을 위한 심리연기결정을 내림에 있어 소송관계인들이 제출한 증거와 주장에 대하여 일반적인 검토(*general review*)를 하면 족하고, 모든 증거에 대하여 철저하고 심도 깊은 분석(*complete and in-depth analysis*)을 할 필요는 없다. 제출된 증거 중 일부만 판단하여도 무방하다. 기존의 공소사실을 수정하여야 할 뿐더러 로마규정 제 61조 제7항 (c)(ii)에서 "제출된 증거가 다른 범죄를 구성하는 것으로 '보이므로(*appears*)'"라고 규정하고 있어, 공소사실 수정을 위한 심리연기결정의 기준은 '믿을 만한 상당한 근거'의 입증기준보다 완화되어 있기 때문이다. 따라서 전심재판부는 심리연기 시점에서 재판소의 다른 관할범죄가 '확실하게(*definitely*)' 성립한다고 판단할 필요는 없고 '일응(*prima facie*)' 기존 공소사실의 법적 구성에 의문이 있다는 취지로만 판단하면 족하다. 그리고 수정된 DCC가 제출된 이후 소송관계인들이 제출한 증거와 주장을 전체적으로 검토하여 '믿을 만한 상당한 근거를 구성하는 충분한 증거'가 있는지 판단한다. 한마디로 공소사실 수정을 위한 심리연기결정은 일종의 중간 판단인 셈이다.

지금까지는 재판전공소사실확인절차의 의의와 심리구조, 결정 내용에 대해 전반적으로 살펴보았다. 다음 제5장 제1절에서는 전심재판부가 재판전공소사실확인절차의 실제 운영에 있어 제3장에서 살펴본 절차의 도입 취지와 제4장에서 살펴본 로마규정 및 절차및증거규칙의 규정에 맞게 제대로 운영되고 있는지, 그리고 세부 절차의 운영상 어떠한 문제점이 있는지를 실제 심리 진행경과와 전심재판부의 결정례를 근거로 살펴본다. 그리고 제2절에서는 이러한 문제의 해결을 위해 종래 논의되어 왔던 방안이 과연 효과가 있었는지 되짚어보고 이를 바탕으로 바람직한 개선방안을 제안하고자 한다.

제5장 재판전공소사실확인절차 운영상 문제점과 개선방안

제1절 재판전공소사실확인절차의 운영실태 및 문제점

I. 운영실태

전심재판부는 2007. 1. 29. Lubanga에 대한 공소사실확인결정을 내린 이래 10여년간 총 14개 사건에서 24명의 피의자들에 대하여 공소사실확인결정을 내렸다. 검사가 제시한 공소사실이 전부 확인된 피의자는 그 중 8명에 불과하고(약 33%),²⁵⁷⁾ 4명의 피의자들에 대하여는 공소사실 전부가 확인거절되었다(약 16%).²⁵⁸⁾ 공소사실별로 살펴보면 검사가 제시한 총 400개의 공소사실 중 336개의 공소사실이 확인되었고(84%), 나머지 64개의 공소사실에 대하여는 확인이 거절되었다(16%). 그리고 공판절차에 회부된 피의자들 20명 중 사건이 종결된 14명의 재판 결과를 살펴보면, 본안판단에 들어가기 전에 절차가 종결된 피고인은 총 4명,²⁵⁹⁾ 유죄판결을 받은 피고인은 9명,²⁶⁰⁾ 무죄판결을 받은 피고인은 1명²⁶¹⁾이었다. 수치

257) Lubanga, Banda, Jerbo, Ruto, Sang, Gbagbo, Blé Goudé, Mahdi.

258) Mbarushimana, Abu Garda, Kosgey, Ali.

259) Jerbo는 공판기일 개시 이전 사망을 이유로, Muthaura, Kenyatta는 검사의 공소사실 철회를 이유로, Ruto, Sang은 입증불충분(no case to answer) 신청 인용을 이유로 이들에 대한 사건은 종결되었다.

260) Lubanga, Katanga, Bemba(Bemba 사건), Mahdi, Bemba(Bemba *et al.* 사건), Kilolo, Mangenda, Babala, Arido.

261) Ngudjolo.

상으로만 보자면 일견 재판전공소사실확인절차가 공판절차 회부의 실익이 없는 사건을 여과하는 기능을 잘 수행하고 있는 것으로 보인다. 그러나 세부 단계별로 소요되는 심리기간과 사건의 구체적인 내용, 재판전공소사실확인절차와 공판절차의 연관성까지 감안하여 살펴보면, 재판전공소사실확인절차는 위 절차의 도입 당시 기대되었던 본연의 기능, 즉 피의자의 권리 보호와 효율적인 공판절차 준비 역할을 다하지 못하고 있는 것으로 보인다.

1. 심리의 장기화

가. 재판전공소사실확인절차의 소요기간

재판전공소사실확인절차는 충분한 범죄혐의 없이 기소된 피의자를 최대한 신속하게 재판절차에서 해방시킴으로써 피의자의 권리를 보호하는 데 가장 주된 절차적 의의가 있다. 그러나 현재의 운영실태를 보면, 재판전공소사실확인절차에서의 심리가 지나치게 지연되어 충분한 범죄혐의 없는 피의자를 재판절차에서 조기에 해방시켜주지 못하고 있고 이로 인해 전체 재판절차까지 장기화되고 있다.

지금까지 재판전공소사실확인절차가 진행된 14건의 사건에서 피의자가 최초출석한 이후 공판절차가 개시되기까지 소요된 기간을 주요 단계별로 나누어 보면, 아래 【표 3】 재판전공소사실확인절차의 심리기간과 같다. 우선 피의자가 재판관 앞에 최초출석한 날부터 공소사실확인결정일까지 짧게는 약 6개월(Mahdi 사건), 길게는 약 2년 6개월(Gbagbo 사건)이 소요되었다. 그런데 Mahdi 사건의 경우 피의자가 공소사실에 대해 다투지 않았고 증거도 전혀 제출하지 않았다.²⁶²⁾ 그리고 Gbagbo 사건은

재판 중간에 1년 가까이 심리가 연기되었던 점을 감안하지 않을 수 없다. 이러한 사정을 참작하면, 피의자가 최초출석한 후 공소사실확인결정을 받기까지 보통 약 1년 정도 소요된다고 볼 수 있다.

그런데 공소장 제출로써 공소장 인가절차가 개시되고 피의자의 최초출석 당일 혹은 그로부터 며칠 이내에 증거개시절차가 진행되는 ICTY, ICTR에서와 달리, 로마규정에서는 검사로 하여금 ‘심리기일로부터 30일 전까지’ 피의자에게 DCC와 증거목록을 제출하고 증거를 개시하도록 되어 있다(로마규정 제61조 제3항 (a), (b), 제67조 제1항 (a), 절차및 증거규칙 제121조 제3항, 제5항). 이에 따라 재판전공소사실확인절차에서 피의자는 최초출석 후 일반적으로 수개월, 길게는 약 11개월(Ntaganda 사건)이 지나서야 비로소 자신이 어떠한 범죄사실로 기소되어 있고 이를 뒷받침하는 검사 측 증거가 무엇인지를 구체적으로 알게 된다. 개시되는 증거의 양도 방대하여 피의자로서는 예정된 심리기일 전까지 심리 준비를 마칠 시간이 부족해 대부분의 사건에서 처음 예정된 심리기일이 연기되곤 한다.

공소사실확인에 관한 결정이 내려지기까지 소요되는 기간도 문제다. 전심재판부는 심리 종료일로부터 60일 이내에 결정을 ‘내려야(shall be delivered)’ 함에도 불구하고(재판소규칙 제53조) 마지막 심리기일 후 결정문이 나오기까지 대부분 3개월 이상이 소요된다. 피의자가 공판절차 개시에 대해 다투지 않은 Mahdi 사건에서 심리 종료일로부터 23일 만에 결정을 내린 경우를 제외하고는 모두 60일을 경과하여 결정이 이루어졌고, 심지어 Bemba 사건과 Ruto *et al.* 사건은 5개월이 지나서야 결정이 내려졌다.

그런데 이처럼 최초출석 후 1년 가까이 지나 공소사실확인결정이

262) Mahdi Confirmation Decision, paras.9-28.

내려졌다고 하여 그 즉시 공판기일이 열리는 것도 아니다. 공소사실확인 결정 후에도 1심 재판기일이 열리기까지는 각종 제출 서류의 번역, 증인 보호 및 피해자 절차참가 등으로 인해 또다시 수개월이 소요된다. 더군다나 검사는 공소사실확인결정 후에도 수사를 계속할 수 있으므로, 검사가 추가 수사를 통해 새로운 증거를 제출하면 공판기일이 열리기 전까지 그 증거에 대한 증거개시절차와 편집본 제작 절차를 다시 거쳐야 한다. 여기에 검사가 공소사실까지 변경하게 되면, 피의자에게 수정된 DCC를 전달하고 새로운 공소사실에 대한 방어의 기회를 부여하기 위해 공판기일을 연기할 수밖에 없다. 이러한 연유로 피의자의 최초출석 후 실제로 본격적인 공판이 열리기까지는 대개 2년 정도가 걸리고, Gbagbo 사건은 무려 4년 2개월이 걸렸다.

나. 피의자의 신속하고 공정한 재판을 받을 권리와 무죄추정의 원칙

문제는 ICC 재판에 회부된 피의자들 대부분이 공소사실확인에 관한 결정시까지 구금 상태에 있다는 점이다. 로마규정에는 미결 구금일수의 제한이 없어 주로 체포영장으로 피의자의 신병을 확보한 다음 수사와 재판을 진행한다. 결국 피의자는 ICC에 인도된 후 공소사실확인거절결정을 받기 전까지 또는 공판절차에서 최종 판결이 선고되기 전까지 구금되어 있는 셈이다. 이러한 구금 상태는 피의자의 신속하고 공정한 재판을 받을 권리와 무죄추정의 원칙에 반한다.

2016. 8. 기준으로 재판 계속 중인 피의자(피고인) 11명 중 구금된 피의자는 총 5명이다. 그런데 나머지 6명은 이미 다른 사건에서의 유죄 판결로 수감 중인 Bemba, 불구속 상태로 공소사실확인결정을 받은 후 소재가 불명한 Banda, 약 1년 가까이 구금된 후 임시석방(interim

release)된 Kilolo, Mangenda, Babala, Arido²⁶³⁾인바, 사실상 피의자들 전부 구금 상태에 있었거나 현재 구금되어 있다고 보아도 무방하다.

이에 대하여 전심재판부는 검사의 변명할 수 없는 지체로 인하여 재판 전에 불합리하게 장기간 구금된 경우 당해인을 석방할 수 있으므로 (로마규정 제60조 제4항) 재판전공소사실확인 단계에서 피의자가 부당하게 장기간 구금될 우려가 적다는 견해도 있다.²⁶⁴⁾ 그러나 ICC는 임시석방 결정에 매우 소극적이어서 위 Kilolo 등 4명 외에 임시석방된 피의자는 없었다. Bemba 사건을 보더라도, Bemba는 2009. 8. 14. 전심재판부로부터 임시석방 결정을 받았으나, 상고심재판부는 2009. 12. 2. 위 결정을 취소하였고,²⁶⁵⁾ 가장 최근으로는 Ongwen 사건에서도 2015. 11. 27. Ongwen의 신청이 기각되었다.²⁶⁶⁾

이러한 현실상 일단 피의자 앞으로 체포영장이 발부되면 공소사실 확인거절 결정을 받거나 나중에 공판절차에서 무죄판결을 받기 전까지는 거의 예외 없이 계속 구금되어 있다고 보아야 할 것인데, Mbarushimana는 2011. 1. 28. 최초출석한 후 2011. 12. 16. 공소사실확인거절결정을 받고 2011. 12. 23. 석방되기까지 약 1년 가까이 구금되어 있었다. 심지어

263) *Prosecutor v. Bemba et al.*, "Judgment on the appeals against Pre-Trial Chamber II's decisions regarding interim release in relation to Aimée Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda, Fidèle Babala Wandu, and Narcisse Arido and order for reclassification", ICC-01/05-01/13-969 OA5, OA6, OA7, OA8, OA9, 29 May 2015, Appeals Chamber.

264) V. Nerlich, "The Confirmation of Charges Procedure at the International Criminal Court: Advance or Failure?", *Journal of International Criminal Justice*, vol.13 (2012), pp.1355-1356.

265) *Prosecutor v. Bemba*, "Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber II of 23 January 2015 entitled 'Decision on 'Mr Bemba's Request for provisional release'", ICC-01/05-01/13-970 OA10, 29 May 2015, Appeals Chamber.

266) *Prosecutor v. Ongwen*, "Decision on the 'Defence Request for the Interim Release of Dominic Ongwen'", ICC-02/04-01/15-349-Red, 27 November 2015, Pre-Trial Chamber II.

Ngudjolo는 2008. 2. 11. 최초출석 후 공소사실확인결정을 받아 공판절차에 회부된 다음 2012. 12. 18. 무죄판결을 선고받고 2012. 12. 21. 석방되기까지 약 4년 10개월간 구금되어 있었다. 5년 가까이 구금된 후 무죄판결을 받고 석방된 피고인에게 위 판결이 과연 진실과 정의의 회복이었을지 의문스럽다.

【표 3】 재판전공소사실확인절차의 심리기간

사건명 (최초출석일 순)		최초출석일 ~ DCC제출일	DCC제출일 ~ 심리개시일	심리개시일 ~ 결정일	결정일 ~ 1심개시일	최초출석일 ~ 결정일	최초출석일 ~ 1심개시일
						구속 여부	
Lubanga 사건		5개월8일	2개월12일	2개월20일	11개월28일	10개월9일	2년 10개월6일
						구속	
Katanga et al. 사건	Katanga	5개월30일	2개월6일	3개월3일	1개월25일	11개월8일	2년 1개월2일
	Ngudjolo	2개월10일	2개월6일	3개월3일	1개월25일	7개월19일	1년 9개월13일
						구속(※무죄판결)	
Bemba 사건		2개월27일	3개월11일	5개월3일	5개월7일	11개월11일	2년 4개월18일
						구속	
Abu Garda 사건		3개월23일	1개월9일	3개월20일	(확인거절)	8개월21일	-
						불구속(※확인거절)	
Banda and Jerbo 사건		4개월2일	1개월19일	2개월27일	(기일추정)	8개월18일	-
						불구속	
Mbarushimana et al. 사건		5개월17일	2개월1일	3개월	(확인거절)	10개월18일	-
						구속(※확인거절)	
Ruto et al. 사건		3개월25일	1개월	4개월22일	7개월18일	9개월16일	2년 5개월3일
						불구속(※임증불충분결정, 재판종결)	
Muthaura et al. 사건		4개월11일	1개월2일	4개월2일	(종결)	9개월15일	-
						불구속(※재판종결, 확인거절)	
Gbagbo 사건		1개월12일	1개월2일	3개월24일	7개월16일	2년 6개월7일	4년 1개월23일
						구속	
Ntaganda 사건		9개월15일	1개월	3개월30일	2개월24일	1년 2개월14일	2년 5개월7일
						구속	
Bemba et al. 사건	Bemba, Kilolo, Babala	7개월3일	(서면심리)	-	10개월18일	11개월15일	1년 10개월2일
	Mangenda	6개월25일				11개월6일	1년 9개월24일
	Arido	3개월10일				7개월22일	1년 6개월9일
						구속(이후 임시석방)	
Blé Goudé 사건		4개월26일	1개월7일	2개월12일	1개월17일	8개월14일	1년 10개월1일
						구속	
Ongwen 사건		10개월25일	1개월	2개월2일	8개월13일	1년 1개월26일	1년 10개월10일
						구속	
Mahdi 사건		5개월	23일	23일	4개월29일	5개월23일	10개월23일
						구속	

2. 심리의 비효율

재판전공소사실확인절차의 또 다른 절차적 의의는 공판절차에 들어가기 전에 심리의 대상이 되는 공소사실을 명확히 하고 관할권, 재판적격성 등 본안전 항변이나 그 밖에 절차적 문제에 대한 다툼을 해결함으로써 공판절차에서는 피고인의 유무죄 자체에 대해서만 집중 심리할 수 있도록 하는 데 있다. 수사과정에서 광범위하게 수집된 증거들을 DCC에 기재된 공소사실의 입증에 필요한 한도로 정리하고 공소사실을 범죄구성요건에 맞게 법률적으로 정리하며, 또 한편으로는 공판절차에서 피고인의 유무죄에 대한 판단에 이르지 못한 채 각하 판결로 사건이 끝나는 일이 없도록 본안전 문제에 대한 다툼을 사전에 종국시키는 것이다.

이처럼 당초 재판전공소사실확인절차는 수사절차나 공판절차와 구별되는 고유한 절차적 목적을 가지고 양 절차 사이를 유연하게 연결해주는 일종의 가교적 역할을 수행할 것으로 기대되었다. 그러나 실제 운영에 있어서는 재판전공소사실확인절차에서의 심리가 공판절차로까지 이어지지 못해 1심재판부가 공소사실확인결정 후 공판절차 개시 전에, 혹은 공판절차 중에 또다시 공판준비를 해야 하는 경우가 종종 발생하고 있다. 비효율적이고 소모적인 공판준비가 재판전공소사실확인절차와 공판절차에 걸쳐 중복되고 있는 셈이다.

가. 공소사실확인결정 후 새로운 증거 제출

그 원인은 기본적으로 재판전공소사실확인절차에서의 각종 절차적 문제에 관한 전심재판부의 결정이 전체 재판절차에서 보았을 때에는 중국적인 결정이 아니라는 데 있다.

검사는 공소사실확인결정 이후에도 수사를 계속할 수 있고 재판전 공소사실확인절차에서 제출한 증거를 공판절차에서까지 그대로 유지할 필요가 없기 때문에 공판절차에서 기존의 증거를 철회하고 새로운 증거를 제출하는 경우가 많다. 예컨대, Lubanga 사건에서 전심재판부는 검사가 증인으로 신청한 소년병의 진술을 주된 근거로 하여 공소사실확인결정을 내렸으나, 1심재판부는 위 증거를 거의 받아들이지 않았다.²⁶⁷⁾ 케냐 사태와 관련해서는 공판절차에 이르러 증인 목록이 대거 교체되기도 하였다. Kenyatta 사건에서 검사는 재판전공소사실확인절차에 제출한 증인 목록의 증인 12명 중 7명을 제외하고 공판절차에서 새로운 증인 26명을 신청했으며,²⁶⁸⁾ Ruto *et al.* 사건에서는 공판절차 개시일로부터 6주 전에 새로운 증인을 신청했다.²⁶⁹⁾ 이처럼 공소사실확인결정 후 새로운 증거가 제출되거나 새로운 증인이 소환되면, 증거개시절차와 편집본 작성 절차, 증인 보호조치 등을 다시 거쳐야 하는 문제가 발생한다. 비단 절차상의 번거로움만이 아니라 재판전공소사실확인절차에서의 사건 기록과 공판절차에 제출되는 사건 기록이 달라지게 되어 전심재판부의 판단이 공판절차의 진행에 있어서는 별다른 의미가 없어진다는 점이 더 문제이다.

나아가 전심재판부와 1심재판부는 증거능력과 증거가치에 대해 서로 다른 판단기준을 적용하므로 전심재판부의 증거판단은 1심재판부에 아무런 영향을 미치지 못한다.²⁷⁰⁾ 재판전공소사실확인절차에서는 공소사

267) ICC, Chambers Practice Manual (May 2017), para.480.

268) G. Mettraux, *et al.*, "Expert Initiative on Promoting Effectiveness at the International Criminal Court" (December 2014), p.125.

269) *Ibid.*

270) Lubanga Confirmation Decision, para.90; Katanga Confirmation Decision, para.71; Mbarushimana Decision, para.53; ICC, Chambers Practice Manual (May 2017), paras.4-5. 위 결정들에서는 ① 로마규정 제64조 제9항에 따라 재판부는 증거의 관련성과 증거능력 판단에 있어 일응 제한 없는 권한을 가지고, ② 절차및증거규칙 제63조 제2항에 의하면, 재판부는 증거의 관련성과 증거능력 판단에 있어 모든 증거를 '자유로이 평가'할 권한을 가지며, ③ 로마규정 제74조 제2항에 의하면, 재판소는 재판시 제출되고 검토된 증거만을 판결의 기초로 삼을 수 있는 점, 나아가 ④ 로마규정 제64조 제6항에 재판부는 공판 이전 또는 도중

실의 확인이라는 제한적인 목적과 심리범위하에 증거 채택이 이루어지는 이상 공판절차에서의 증거판단은 전심재판부의 증거 채택 결정에 구애받지 않고 자유롭게 이루어져야 한다고 보기 때문이다.²⁷¹⁾ 실제로도 1심재판부는 재판전공소사실확인절차의 진행 결과에 관계없이 공판기일 전에 공판준비가 추가로 필요하다고 보고 있다.²⁷²⁾

나. 공판절차 개시 후 공소사실 변경

공소사실확인결정의 기초가 된 사실관계에 변화가 없더라도, 검사나 1심재판부가 재판소규칙 제55조에 기하여 사실관계에 대한 법적 구성을 변경하기도 한다. 지금까지 공판절차에 회부된 사건을 살펴보면, 공판절차에서 적용법조가 변경되지 않은 경우는 거의 찾아보기 어렵다. 그리고 이는 전부 책임의 형태(mode of liability)를 변경하는 것이었다. Katanga 사건에서 1심재판부는 재판소규칙 제55조에 기하여 Katanga의 책임형태를 간접정범에서 공범으로 변경하였고,²⁷³⁾ Bemba 사건,²⁷⁴⁾ Ruto *et al.* 사건,²⁷⁵⁾ Muthaura *et al.* 사건,²⁷⁶⁾ Gbagbo 사건²⁷⁷⁾도 마찬가지였

그 기능 수행을 위해 어떤 관련 문제들에 대하여도 결정할 수 있도록 되어 있는 점 등에 비추어 볼 때, 1심재판부는 향후 항소심 재판부에 의한 번복이 가능하다는 점을 제외하면 절차적인 문제, 증거의 증거능력 및 관련성에 관하여 제한 없는 권한을 갖는다고 판시하였다.

271) 백기봉, "국제형사재판소(ICC)의 형사절차제도상의 한계에 관한 검토", 서울국제법연구, vol.16, no.2 (2009), pp.40-41.

272) H. Friman, "Trial Procedures - With a Particular Focus on the Relationship between the Proceedings of the Pre-Trial and Trial Chambers", in C. Stahn, *The Law and Practice of the International Criminal Court* (Oxford University Press, 2015), p.915.

273) *Prosecutor v. Katanga et al.*, "Decision on the Implementation of Regulation 55 of the Court and Severing the Charges Against the Accused Persons", ICC-01/04-01/07-3319-tENG/FRA, 2 November 2012, Trial Chamber II, para.7.

274) *Prosecutor v. Bemba*, "Decision Giving Notice to the Parties And Participant that the Legal Characterisation of the Facts May Be Subject to Change in Accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court", ICC-01/05-01/08-2324, 21 September 2012, Trial Chamber III, paras.4-5.

275) *Prosecutor v. Ruto et al.*, "Prosecution's Submissions on the Law of Indirect

다.

그런데 1심재판부가 주된 사실과 정황의 범위를 넘지 않는 한도에
서 법적 구성을 변경한다고 하더라도, 피의자로서는 그 새로운 법적 구
성을 반박하기 위해 새로운 법률적 주장과 증거를 제출하여야 하므로 방
어권 행사에 지장이 있다. 무엇보다 이와 같이 공판절차에 이르러서야
사실관계에 대한 법적 구성이 변경되면, 결국 전심재판부로서는 공판절
차에서 심리될지 여부도 불분명한 주장과 증거를 기초로 하여 사건을 공
판에 회부할 것인지 여부를 판단하느라 수개월 내지 수년을 허비한 셈이
되어 재판전공소사실확인절차의 운영취지를 망각하게 한다.

II. 직권주의적 심리방식의 문제점

공소사실확인 심리의 장기화와 비효율의 문제를 개선하기 위하여
두 가지 상반되는 개선안을 생각해볼 수 있다. ① 우선 공판절차가 개시
되기 전까지는 다소 시간이 걸릴지라도 1심재판부가 따로 공판 준비를
할 필요가 없을 정도로 재판전공소사실확인절차에서 심리를 철저히 하여
공판 준비를 마친 후 대신 공판절차에 소요되는 시간을 단축시키는 방안
이 있을 수 있다. ② 또 하나는 이와 반대로 재판전공소사실확인절차를

Co-Perpetration under Article 25(3)(b) of the Statute and Application for Notice to Be Given Under Regulation 55(2) With Respect to William Samoei Ruto's Individual Criminal Responsibility", ICC-01/01-01/11-433, 3 July 2012, Office of the Prosecutor.

276) *Prosecutor v. Muthaura et al.*, "Prosecution's Submissions on the Law of Indirect Co-Perpetration under Article 25(3)(a) of the Statute and Application for Notice to Be Given under Regulation 55(2) With Respect to the Accused's Individual Criminal Responsibility", ICC-01/09-01/11-444, 3 July 2012, Office of the Prosecutor.

277) *Prosecutor v. Gbagbo and Blé Goudé*, "Decision Giving Notice Pursuant to Regulation 55(2) of the Regulations of the Court", ICC-02/11-01/15-185, 19 August 2015, Trial Chamber I, para.14.

간이화하고 전심재판부의 심리범위도 축소하여 일단 사건을 공판절차에 신속히 회부하는 데 중점을 두는 방안이다.

당초 로마회의에서는 전심재판부에 대하여 사건의 공판절차 회부 여부를 판단하는 일종의 여과장치 내지 '문지기(gatekeeper)'로서의 소극적이고 감독적인 역할을 기대하였다. Lubanga 사건 다음으로 ICC에 회부된 Katanga 사건에서도 전심재판부는, 전심재판부가 피의자의 유무죄를 판단하는 '진실발견자(a finder of truth)'가 아니라는 이유로 재판부에 게 '진실의 결정을 위하여(for the determination of the truth)' 필요하다고 판단하는 증거의 제출을 요구할 권한(the authority to request the submission)을 인정하는 로마규정 제69조 제3항은 재판전공소사실확인절차에 적용되지 않는다고 실시하였다.²⁷⁸⁾ 그러나 이후 전심재판부의 결정 경향과 판시내용에 비추어 보면, 전심재판부는 실제 진실 발견에 있어 매우 적극적이고 능동적인 재판부의 모습을 상정하고 있다. 대표적으로 Bemba 사건에서 전심재판부는 진실 발견이 전심재판부를 비롯한 '재판소 전체(the Court as a whole)'의 궁극적인 목적임을 강조하면서 로마규정 제69조 제3항 후문에 기재 전심재판부 역시 재판소의 한 기관으로서 공소사실확인을 위한 입증기준에 따라 진실을 밝힐 명문화된 권한(statutory *ex officio* power)이 있다고 실시하였다.²⁷⁹⁾ 이에 따라 전심재판부는 수사의 미진한 부분을 구체적으로 지적하여 증거를 보완하도록 하는 등 수사절차에 적극 개입하는 것은 물론, 양 당사자가 개시한 모든 증거를 전심재판부에 전달하도록 하여 당사자주의보다는 직권주의에 가까운 태도를 보이고 있다.²⁸⁰⁾ 사실인정이나 법리해석에 있어서도 그 판

278) *Prosecutor v. Katanga et al.*, *supra* note 273, paras.100-110.

279) *Prosecutor v. Bemba*, *supra* note 274, para.83.

280) J. Courtney & C. Kaoutzanis, "Proactive Gatekeepers: The Jurisprudence of the ICC's Pre-Trial Chambers", *Chicago Journal of International Law*, vol.15 (2015), pp.521-522.

단을 1심재판부에 유보하는 것이 아니라 재판전공소사실확인절차에서의 증거조사를 통해 사실관계를 밝혀내고 새로운 법리를 선언하고 있다. 이처럼 전심재판부는 재판전공소사실확인절차의 주재자로서 위 절차를 적극적으로 주도하면서 그 심리범위를 확대해 나가고 있으나, 이는 오히려 심리의 장기화와 비효율 문제를 고착시키는 주된 원인이 되고 있다.

아래에서는 위와 같이 변화된 전심재판부의 직권주의적 심리방식을 보여주는 구체적인 절차운영 방식과 경향에 관하여 살펴본다.

1. 전심재판부에 대한 전면적인 증거 전달

검사와 피의자는 공소사실확인 심리 전까지 반대당사자에게 직접 증거를 개시하여야 하는데, 이후 개시된 증거는 전심재판부에 '전달 (communicate)'된다(절차및증거규칙 제121조 제2항 (c)). 이와 달리 미국의 증거개시절차에서는 공판절차가 개시되기 전까지 법원이 절차에 관여할 수 없고 당연히 증거를 접할 수도 없다. 이에 따라 절차및증거규칙에서 증거개시의 당사자가 아닌 전심재판부에게 증거를 전달하도록 규정한 취지와 전심재판부에 전달되어야 하는 증거의 범위, 특히 무죄 관련 증거까지도 전심재판부에 전달되어야 하는지 여부에 대한 입장이 일관되지 않는다.

Lubanga 사건, Abu Garda 사건, Mbarushimana 사건, Gbagbo 사건, Blé Goudé 사건에서는 공판전절차에서 당사자 사이에 개시된 증거를 전심재판부에 전달하는 목적이 전심재판부가 공소사실확인 심리를 충실히 준비하고 절차를 제대로 진행하는 데 있으므로, 당사자가 개시한 증거 중 심리에 제출할 증거는 당해 사건기록에 포함되어 전심재판부가 이를 미리 검토할 수 있어야 한다고 보았다.²⁸¹⁾ 이때 재판전공소사실확

인절차의 목적과 심리범위가 제한적일 뿐만 아니라 피의자의 증거제출권과 공정한 재판에 관한 권리를 침해할 수 있다는 이유로 당사자가 심리에 제출하지 않을 증거까지 전심재판부에 전달할 필요는 없다고 하였다.²⁸²⁾

이에 반해 Bemba 사건에서는 절차및증거규칙 제121조 제2항 (c)에서 ‘개시된 모든 증거(all evidence disclosed)’가 전심재판부에 전달된다고 규정하고 있고, 로마규정 제69조 제3항에서 ‘재판소는 진실의 결정을 위하여 필요하다고 판단하는 모든 증거의 제출을 요구할 권한을 가진다’고 규정하고 있는 점을 들어 재판전공소사실확인절차에서도 당사자의 증거제출의사에 관계없이 상호 개시된 모든 증거를 전심재판부에 전달하여야 한다고 보았다.²⁸³⁾ 위 결정에서는 전심재판부가 직권주의적 심리방식을 지향하고 있음이 매우 분명하게 드러나는데, 그 결정 요지는 다음과 같다; "재판전공소사실확인절차의 심리 목적은 피의자의 유무죄 입증이 아니라 사건을 공판절차에 회부할지 여부를 판단하는 데 있다. 이러한 목적을 제대로 달성하기 위해 전심재판부는 로마규정 제69조 제3항에 기하여 당사자에게 증거 제출을 요구할 수 있어야 하는데, 이러한 권한을 충분히 행사하기 위해선 증거개시절차가 제대로 운영되어야 한다. 그 운영방식에 대한 해답을 얻기 위해서는 전심재판부의 역할에 대한 이해가 선행되어야 한다. ① 우선, 전심재판부의 가장 중요한 역할은 공소사실확인 심리를 진행하고 그 과정에서 실체진실을 발견하여 공소사실확인 여부에 대한 결정을 내리는 데 있다. 전심재판부의

281) *Prosecutor v. Abu Garda*, "Second Decision on issues relating to Disclosure", ICC-02/05-02/09-35, 15 July 2009, Pre-Trial Chamber I, para.9.

282) *Prosecutor v. Lubanga*, *supra* note 171, paras.50-58; *Prosecutor v. Abu Garda*, *supra* note 281, para.8; *Prosecutor v. Mbarushimana*, "Decision on Issues Relating to Disclosure", ICC-01/04-01/10-87, 30 March 2011, Pre-Trial Chamber I; *Prosecutor v. Gbagbo*, "Decision Establishing a Disclosure System and a Calendar for Disclosure", ICC-02/11-01/11-30, 24 January 2012, Pre-Trial Chamber III, p.15; *Prosecutor v. Blé Goudé*, "Decision Establishing a System for Disclosure of Evidence", ICC-02/11-02/11-57, 14 April 2014, Pre-Trial Chamber I.

283) *Prosecutor v. Bemba*, *supra* note 274.

공소사실확인결정은 차후 1심재판부의 심리대상을 확정하고, 반대로 공소사실 확인거절결정은 피의자에 대한 체포영장 등 모든 강제처분의 효력을 소멸시킨다는 점에서 전심재판부의 결정은 매우 중요하다. *따라서 전심재판부는 결정을 내림에 있어 당사자들이 제출한 증거에만 국한하여 심리하면 안되고, 사건 기록을 정확하고 완전하게 파악하고 있어야 한다.* 특히 무죄 관련 증거에 대한 판단 없이는 제대로 된 실체 판단을 할 수 없다. ② 또한 전심재판부는 피의자의 권리를 보호할 의무가 있다. 즉, 재판을 신속하고 효율적으로 진행하고 피의자의 방어권 행사를 보장하여 무기대등원칙을 실현하여야 하는데, 이를 실효적으로 보장하기 위한 수단이 증거개시절차이다. 따라서 전심재판부는 피의자가 검사 측 증거를 제대로 개시받았는지, 그리고 개시된 증거를 바탕으로 방어 준비에 충분한 시간과 여건을 주어졌는지를 판단하기 위해 당사자 사이에 개시된 증거에 접근할 수 있어야 한다. ③ 덧붙여 전심재판부는 효율적인 공소사실확인 심리를 진행하고 공판절차를 준비하여야 할 의무가 있으므로, 당사자 사이에 개시된 모든 증거를 사건기록화하는 것이 필요하다".

이후 *Ruto et al.* 사건, *Muthaura et al.* 사건, *Ntaganda* 사건, 그리고 가장 최근인 *Ongwen* 사건도 위 결정을 따랐다.²⁸⁴⁾

전심재판부는 재판실무제요를 통해 종전의 상반된 결정례를 정리하였는데, 위 재판실무제요에서는 피의자의 최초출석부터 공소사실확인결정 전까지 당사자 사이에 개시된 모든 증거를 ICC의 'Ringtail' 시스템을 이용하여 증거개시와 동시에 전심재판부에 전달하고, 전심재판부에 전달된 증거는 당사자의 증거 제출의사에 관계없이 일단 사건기록에 모두 포

284) *Prosecutor v. Ruto et al.*, "Decision Setting the Regime for Evidence Disclosure and Other Related Matters", ICC-01/09-01/08-11, 6 April 2011, Pre-Trial Chamber II, paras.6; *Prosecutor v. Muthaura et al.*, "Decision Setting the Regime for Evidence Disclosure and Other Related Matters", ICC-01/09-02/11-48, 6 April 2011, Pre-Trial Chamber I; *Prosecutor v. Ntaganda*, "Decision Setting the Regime for Evidence Disclosure and Other Related Matters", ICC-01/04-02/06-47, 12 April 2013, Pre-Trial Chamber II, paras.9-10; *Prosecutor v. Ongwen*, "Decision Setting the Regime for Evidence Disclosure and Other Related Matters", ICC-02/04-01/15-203, 27 February 2015, Pre-Trial Chamber II, para.11.

함시킨다고 규정하였다.²⁸⁵⁾ 더 나아가 전심재판부에 전달되었지만 당사자가 심리에 제출하지 않은 증거도 당사자에게 의견제출기회를 부여한 경우 심리의 근거로 삼을 수 있다고 하였다.²⁸⁶⁾ 이로써 재판전공소사실 확인절차에서 당사자 사이에 개시된 모든 증거를 전심재판부에 전달하는 것으로 실무가 확립되었다. 그 배경에는 Bemba 사건의 결정이유에서 보는 바와 같이 전심재판부가 더 이상 절차 감독자로서의 지위에 머무르지 않고 진실발견자로서 직권으로 사실을 탐지하겠다는 강력하고 적극적인 의지가 있다고 할 것이다.

2. 검사에 대한 심리 전 수사완결의무 부과

로마규정 제61조 제1항에서는 당해인의 인도 또는 자발적 재판소 출석 후 ‘합리적인 기간 내에(within a reasonable time)’ 심리를 하여야 한다고 규정하고 있고, 절차및증거규칙 제121조 제1항에서는 공소사실확인 심리기일을 피의자가 전심재판부에 최초 출석한 때 정한다고 규정하고 있다. 그런데 위 규정들 모두 구체적인 심리개시 시기에 대해서는 명시하고 있지 않다. 특히 검사는 수사 개시 후 언제라도(at any time after the initiation of an investigation)’ 체포영장 또는 소환장 발부를 청구할 수 있으므로,²⁸⁷⁾ 대부분의 경우 검사는 수사가 마무리되지 않은 상태에서 체포영장 등을 청구한 다음 피의자가 재판소에 인도되면 그 후에 비로소 나머지 수사를 진행한다. 피의자의 신병이 확보되지 않으면 재판 진행이 사실상 불가능하여 수사의 실익이 없기 때문이다. 이러한 재판소 현실상 피의자의 최초출석시에는 검사의 수사가 미처 마무리되지 않은 상황에서 심

285) ICC, Chambers Practice Manual (May 2017), p.10.

286) *Ibid.*, p.11.

287) 로마규정 제58조 제1항.

리기일을 정해야 하는 경우가 자주 발생하게 된다.

그렇다면 수사가 미진하더라도 일단 신속하게 공소사실확인 심리를 진행한 후 사건을 공판에 회부하는 것이 바람직한지, 아니면 수사가 완전히 종결되어 공판절차에 즉시 회부하여도 무방할 정도로 완비된 수사 기록을 바탕으로 공소사실확인 심리를 진행하는 것이 바람직한지 문제될 수 있다. 전심재판부의 입장은 후자에 가깝다. 다만 심리 개시 전에 검사가 수사를 완결할 것을 '법률적으로 강제'할 수 있는지에 대해서만 아래와 같이 상반된 입장을 보인다.

가. 종전 결정

Lubanga 사건에서 전심재판부는 공소사실확인 심리 이전에 수사가 '반드시 종결되어야(must be completed)' 한다고 판시하였다.²⁸⁸⁾ 그러나 상고심에서 검사의 심리 전 수사완결의무에 대한 법률적 근거를 찾을 수 없고 검사의 수사권이 전심재판부의 공소사실확인에 관한 결정과 동시에 자동으로 소멸하는 것도 아니라는 이유로 위 결정을 파기하였다.²⁸⁹⁾ 다만 검사는 가능한 한 공소사실확인 심리 전까지 공판절차의 진행이 가능할 정도로 수사를 마무리하여 피의자의 유죄 입증에 필요한 증거를 대부분 확보하는 것이 정책적으로 '바람직하다(desirable)'고 강조하였다.²⁹⁰⁾

288) *Prosecutor v. Lubanga*, "Decision Establishing General Principles Governing Applications to Restrict Disclosure pursuant to Rule 81(2) and (4) of the Rules of Procedure and Evidence", ICC-01/04-01/06-108-Corr, 19 May 2006, Pre-Trial Chamber I.

289) *Prosecutor v. Lubanga*, "Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled 'Decision Establishing General Principles Governing Applications to Restrict Disclosure pursuant to Rule 81(2) and (4) of the Rules of Procedure and Evidence'", ICC-01/04-01/06-568, 13 October 2006, Appeals Chamber, para.54.

290) *Ibid.*

그래야만 전심재판부가 충실하게 공판준비를 할 수 있고, 피의자로서도 공소사실확인결정 이후 검사의 추가 수사로 수집된 새로운 증거를 기초로 공판절차를 준비하여야 하는 불의타를 방지하여 방어권 행사를 보장 받을 수 있다고 하였다.²⁹¹⁾ 위 판시는 Banda and Jerbo 사건, Bemba 사건, Mbarushimana 사건에서도 유지되었다.²⁹²⁾

나. Gbagbo 사건

Gbagbo 사건은 피의자의 최초출석 후 공판절차가 개시되기까지 가장 많은 시간이 소요된 사건이었다. 그리고 지금까지 ICC에 회부된 사건 중 제일 논란이 된 사건이기도 하다. 문제된 쟁점 중 대표적인 것이 2013. 6. 3.자 심리연기결정의 다수의견과 이후 이루어진 2014. 6. 12.자 공소사실확인결정의 반대의견에서 공소사실확인 심리 이전에 수사를 거의 완결할 것을 검사의 의무로 본 부분이다.

전심재판부의 다수의견(Hans-Peter Kaul 재판관, Christine Van den Wyngaert 재판관)은 2013. 6. 3. ICC 출범 후 처음으로 검사에 대하여 특정 쟁점에 관하여 증거를 보완하고 보다 철저한 수사를 실시할 것을 명하면서 심리연기결정(로마규정 제61조 제7항 (c)(i))을 내렸다. 위 사건에서 민간인에 대한 공격이 있었다는 점에 관한 증거가 NGO 보고서, UN 보고서, 언론기사 등에 나타난 익명의 전문진술밖에 없는데, 위 증거들은 증거가치가 없다고 하면서 다음과 같이 판시하였다.²⁹³⁾

291) V. Nerlich, *supra* note 264, p.1355.

292) *Prosecutor v. Mbarushimana*, "Judgement on the appeal of the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 16 December 2011 entitled 'Decision on the confirmation of charges'", ICC-01/04-01/10-514 OA4, 30 May 2012, Appeals Chamber, para.44.

293) Gbagbo Adjournment Decision, paras.35-36.

재판전공소사실확인절차에서 검사는 *검사 측 증거를 전부 제출하고(present all [Prosecutor's] evidence)*,²⁹⁴⁾ *공소사실확인 심리 전까지 수사를 대체로 완결*하여야 하며(should largely complete investigation),²⁹⁵⁾ 전심재판부는 검사가 위와 같이 거의 마무리된 수사 결과를 바탕으로 *가장 강력한 사건을 제시한 것으로 간주*하여야 한다(must assume that the Prosecutor has presented her strongest possible case based on a largely completed investigation).²⁹⁶⁾

그런데 위 심리연기결정 이후 1여년이 지나 전심재판부의 다수의견(Silvia Fernández de Gurmendi 재판관, Hans-Peter Kaul 재판관)은 2014. 6. 12. Gbagbo에 대한 공소사실을 전부 확인하면서도, 종전 심리연기결정의 판시내용 중 ‘대체로 완결된 수사’ 부분에 대해서는 더 이상 언급하지 않았다. 그리고 종전 심리연기결정에서 다수의견을 취했던 Wyngaert 재판관은 반대의견으로 공소사실확인을 위한 입증기준에 대해 새로운 해석을 내놓았다. ‘합리적 의심을 넘어서 유죄를 선고할 현실적인 가능성이 있는 증거가 존재하는 경우(if the evidence has a realistic chance of supporting a conviction beyond reasonable doubt)’ 공소사실 확인결정을 내릴 수 있다고 본 것이다.²⁹⁷⁾ 그리고 위 사건은 피의자를

294) *Ibid.*, para.37.

295) *Ibid.*, para.25.

296) *Ibid.* 이에 대해 Silvia Fernández de Gurmendi 재판관은 검사가 보유하고 있는 모든 증거를 제출하거나 전심재판부에 가장 강력한 사건을 제시하는 것은 검찰가 추구하여야 할 정책 목표(policy objective)일 뿐 법적 요건(legal requirement)은 아니라는 이유로 다수의견에 반대하였다; Gbagbo Adjournment Decision, Dissenting opinion of Judge Silvia Fernández de Gurmendi, paras.15-18.

297) Gbagbo Confirmation Decision, Dissenting Opinion of Judge Van den Wyngaert, para.4.

공판절차에 회부할 정도로 ‘충분히 강력(sufficiently strong)’하지 않다는 이유로 공소사실확인을 거절하여야 한다는 입장을 취했다.

공소사실확인을 위한 입증기준에 대한 일부 재판관들의 위와 같은 새로운 해석은 기존의 해석보다 훨씬 입증의 정도를 강화한 것으로, 기존의 심리방식을 그대로 유지할 경우 재판전공소사실확인절차가 형식적이고 피상적인 절차로 운용되어 결국 전심재판부의 존립에 영향을 미칠 수 있다는 데 대한 강한 우려를 알 수 있다.

3. 전심재판부 직권(*proprio motu*)에 의한 공소사실의 법적 구성 변경

전심재판부는 검사가 DDC를 통해 제시한 주된 사실과 정황에 대하여 기소된 범죄와는 다른 범죄가 성립하는 경우 심리를 연기하고 검사에게 공소사실 수정을 ‘고려하도록(to consider)’ 요청할 수 있다(로마규정 제61조 제7항 (c)(ii)). 그리고 공소사실확인결정이 내려진 후 공판절차가 개시되기 전에는 ‘검사’가 전심재판부의 허가를 받아 공소사실을 수정할 수 있다(로마규정 제61조 제9항). 이처럼 로마규정에서는 공소사실의 구성 및 변경을 검사의 전적인 책임으로 규정하고 있다. 그러면서도 재판소규칙 제55조에서는 재판부가 재판 중 공소사실에 기재된 사실 및 정황을 벗어나지 않는 범위 내에서 사실관계에 대한 ‘법적 구성(legal characterisation)’을 변경할 수 있다고 규정하고 있다. 그런데 위 규정은 공판절차와 1심재판부의 권한을 상정하여 마련된 것이어서, 위 규정을 근거로 전심재판부가 재판전공소사실확인절차에서 직권으로(*proprio*

motu) 공소사실의 법적 구성을 변경할 수 있는지는 명확하지 않다. 이에 반해 미국의 영향을 많이 받아 당사자주의적 요소가 강한 ICTY에서는 오직 검사만이 공소장에 기재된 사실의 법적 구성을 변경할 수 있다고 분명하게 명시하고 있다(ICTY 절차및증거규칙 제50조 제A항 (i)(C)).

전심재판부 직권에 의한 공소사실의 법적 구성 변경은 Lubanga 사건에서의 중요한 쟁점으로 대두되었다. 검사는 Lubanga가 Ituri 지역에서 ‘내전 중’에 소년병을 징집·모병하였다는 이유로 이를 비국제적 성격의 무력충돌에서의 전쟁범죄 위반행위(로마규정 제8조 제2항 (e)(vii))로 의율하였다.²⁹⁸⁾ 이에 대해 Lubanga 측과 피해자참가인은 사건 발생기간 중 Ituri 지역을 우간다, 르완다 또는 콩고 유엔 평화유지군(UN Mission in Democratic Republic of Congo)이 지배하던 시기도 일부 있었으므로 위 무력충돌에는 국제적 성격도 포함되어 있다고 반박하였다.²⁹⁹⁾ 전심재판부는 우선 공소사실 수정을 위한 심리연기결정의 목적이 피의자가 공소사실과 ‘완전히 다른(materially different)’ 범죄로 공판절차에 회부됨에 따라 재판전공소사실확인절차에서 의견을 제출할 기회를 박탈당하는 것을 방지하는 데 있다고 보았다.³⁰⁰⁾ 그런데 로마규정 제8조 제2항 (b)(xxvi)과 같은 항 (e)(vii)은 국제적 성격의 무력충돌이든 비국제적 성격의 무력충돌이든 간에 결국 ‘소년병을 군대에 징집·모병하거나 적대행위에 적극적으로 참여하도록 이용한 행위’라는 동일한 행위를 범죄화한 것이므로, 굳이 전심재판부가 심리를 연기하고 검사에게 공소사실 수정을 고려하도록 요청할 필요까지는 없다고 판단하였다.³⁰¹⁾ 그리하여 2002. 9. 초부터 2003.

298) Lubanga Confirmation Decision, para.200.

299) *Ibid.*

300) Lubanga Confirmation Decision, paras.268-285.

6. 2.까지 Ituri 지역에서 벌어진 전투가 국제적 성격의 무력충돌에 해당함을 이유로 재판소규칙 제55조에 기하여 공소사실의 법적 구성을 직권으로 로마규정 제8조 제2항 (b)(xxvi)로 변경하여 공소사실을 확인하는 결정을 내렸다.³⁰²⁾

검사와 Lubanga 측 모두 위 결정에 대하여 전심재판부에 상고 허가를 요청하였다. 검사는 전심재판부가 로마규정 제61조 제7항을 위반하여 검사의 공소사실 변경에 관한 독립적인 권한을 침해하였다고 주장하였다.³⁰³⁾ Lubanga 측은 전심재판부가 피의자 측에 의견을 제출할 기회를 부여하지 아니한 채 직권으로 공소사실을 변경하여 피의자의 공정하고 신속한 재판을 받을 권리를 침해하였다고 주장하였다.³⁰⁴⁾ 그러나 전심재판부는 이들 주장을 모두 배척하면서, ① Lubanga에 대한 체포영장 발부시에도 분쟁의 국제적 성격에 대한 언급이 있었던 점, ② Lubanga 측 스스로 공소사실확인 심리에서 위 쟁점에 대해 문제를 제기한 바 있고, 다른 소송관계인들도 의견을 제시할 기회를 부여받았던 점, ③ 재판소규칙 제55조에 따라 1심재판부가 사실관계에 대한 법적 구성을 로마규정 제6조, 제7조, 제8조 소정의 범죄로 변경하거나 피고인의 책임형태를

301) *Ibid.* 로마규정 제8조 제2항 (b)(xxvi)은 국제적 성격의 무력충돌 중 소년병을 ‘군대에(into the national armed forces)’ 징집·모병하거나 적대행위에 적극적으로 참여하도록 이용한 행위를, 로마규정 제8조 제2항 (e)(vii)은 비국제적 성격의 무력충돌 중 소년병을 ‘군대 또는 무장집단(into armed forces or groups)’ 징집·모병하거나 적대행위에 적극적으로 참여하도록 이용한 행위를 각 전쟁범죄로 규정하고 있는데, 같은 항 (e)(vii)에서 ‘무장집단’의 징집 등 행위를 추가한 것 외에는 큰 차이가 없다(같은 항 (e)(vii)에서 ‘armed forces’라는 용어를 사용한 반면, 같은 항 (b)(xxvi)에서는 ‘national armed forces’라는 용어를 사용하고 있기는 하지만 위 표현을 만드시 어느 한 국가의 군대에만 국한하여 제한적으로 해석할 것은 아니므로 사실상 양자는 동일한 의미로 볼 수 있다).

302) *Ibid.*

303) *Prosecutor v. Lubanga*, "Decision on the Prosecution and Defence applications for leave to appeal the Decision on the confirmation of charges", ICC-01/04-01/06-915, 24 May 2007, Pre-Trial Chamber I, para.41.

304) *Ibid.*, para.42.

변경할 수 있는 이상, 당사자들은 1심재판에서 재판전공소사실확인절차에서 확인된 공소사실의 법적 구성에 대하여 새로운 판단을 요구할 수도 있으므로 전심재판부의 결정이 검사의 권한이나 피의자의 권리를 특별히 침해하지 않다는 점을 근거로 들었다.³⁰⁵⁾

나아가 이후 Bemba 사건에서는 중첩적 기소(cumulative charging)의 기준을 제시하면서 ‘검사가 제시한 사실관계를 법적으로 구성하는 주체는 전심재판부’라고 명시적으로 판시하기에 이르렀다.³⁰⁶⁾

305) *Ibid.*, paras.43-45.

306) 검사는 Bemba를 (1) 인도에 반한 죄로서 ① 살해, ② 강간, ③ 강간 등 성폭력에 의한 고문과 (2) 전쟁범죄로서 ① 살해, ② 강간, ③ 고문, ④ 인간의 존엄성에 대한 유린행위, ⑤ 약탈에 대하여 정범(로마규정 제25조 제3항 (a))으로 기소하였다. 이에 전심재판부는 2009. 3. 3. 공소사실 수정을 위한 심리연기결정(로마규정 제61조 제7항 (c)(ii))을 내리면서 각각의 책임형태에 따라 별개의 재판소 관할범죄가 성립하고 피의자는 기소된 범죄 내용을 알 수 있어야 한다는 이유로 검사에 대하여 상급자책임(로마규정 제28조)으로 수정한 DCC를 2009. 3. 30.까지 제출할 것을 고려하도록 요청하였다; Bemba Adjournment Decision, para.15. 이에 검사는 2009. 3. 30. 상급자책임으로 수정한 DCC와 증거목록을 제출하였고("Prosecution's Submission of Amended Document Containing the Charges, Amended List of Evidence and Amended In-Depth Analysis Chart of Incriminatory Evidence" and its related Annexes, ICC-01/05-01/08-395, 30 March 2009, Office of the Prosecutor), 전심재판부는 2009. 6. 15. 변경된 공소사실 중 (1) 인도에 반한 죄로서 ① 살해, ② 강간과 (2) 전쟁범죄로서 ① 살해, ② 강간, ⑤ 약탈에 관한 부분은 확인하고, (1) 인도에 반한 죄로서 ③ 고문, (2) 전쟁범죄로서 ③ 고문, ④ 인간의 존엄성에 대한 유린행위에 관한 부분은 확인을 거절하였다. (1) 인도에 반한 죄로서 ② 강간과 ③ 강간 등 성폭력에 의한 고문은 ‘타인에 대한 심각한 고통과 피해(severe pain and suffering and control by the perpetrator over the person)’라는 구성요건을, (2) 전쟁범죄로서 ② 강간과 ④ 인간의 존엄성에 대한 유린행위는 ‘강요행위(force or coercion)’라는 구성요건을 공통적으로 포함하고 있지만 ② 강간에는 ‘삽입(penetration)’이라는 특별한 구성요건이 요구되므로, 위 두 가지 경우 모두 ② 강간이 합당한 적용법조라고 보았기 때문이다; Bemba Confirmation Decision, pp.184-185, 204, 310.

위와 같은 전심재판부의 판단은 그 결론 자체보다 결론에 이르게 된 근거가 더 중요한데, 해당 부분의 판시 요지는 다음과 같다; "검사가 제시한 사실관계를 법률적으로 구성하는 주체는 전심재판부이다. 종전 국제형사법원에서 관행처럼 인정되어 온 검사의 중첩적 기소(cumulative charging)는 피의자에게 부당한 부담을 지우므로 피의자의 권리를 침해한다. 재판의 공정성과 효율성을 위해 오직 명확한 범죄행위만 중첩적으로 기소할 수 있고 또 나중에 공소사실로도 확인할 수 있다. 하나의 동일한 범죄행위에 대해 여러 규정이 적용되는 경우에는 다른 규정에 포함되지 않는, 적어도 하나 이상의 추가 구성요건이 포함된 규정이 적용된다. 나아가 재판소 규칙 제55조에 따라 1심재판부가 법적 구성을 변경할 수 있으므로, 검사가 가능한 모든 법적 구성을 제시하여 중첩적으로 기소할 필요도 없다"; Bemba Confirmation Decision, paras.201-202.

이는 '법률은 법원이 안다(*iura novit cura*)'는 원칙이 ICC의 전심재판부와 재판전공소사실확인절차에도 적용되는지의 문제로서, ICC 재판절차 내의 당사자주의적 요소와 직권주의적 요소의 충돌 내지 검찰과 전심재판부 사이의 우위 다툼으로 해석되기도 한다. 이는 곧 전심재판부가 검사의 공소제기를 단순히 감독하는 데 그치지 않고, 더 나아가 공소사실의 법적 구성을 직접 변경함으로써 검사의 공소권 행사를 적극적으로 제한하고 통제할 수 있는지의 문제인데, Lubanga 사건과 Bemba 사건에서 전심재판부에게 직권으로 공소사실의 법적 구성을 변경할 권한을 인정한 것은 재판소 안팎에서 많은 비난을 불러왔다. 검사가 주장한 바와 같이 로마규정상 전심재판부가 검사로 하여금 특정한 사실을 기소하도록 하거나 검사가 기소하지 않은 공소사실을 뒷받침하는 증거를 수집하도록 할 근거가 전혀 없음에도, 전심재판부가 재판소규칙 제55조를 임의로 넓게 해석하여 전체적인 사건 심리에 대한 영향력을 확대하려는 위와 같은 경향이 과연 명문의 규정에 부합하는지, 그리고 재판전공소사실확인절차의 신속하고 효율적인 진행을 위해 바람직한지 매우 의문스럽다.

4. 방대하고 불필요한 결정이유 작성방식

가. 방대한 결정이유와 결정의 지연

공소사실확인에 관한 심리가 끝났다고 하여 곧바로 전심재판부의 결정이 내려지는 것은 아니다. 앞서 【표 3】 재판전공소사실확인절차의 심리기간(p.114)에서 본 바와 같이 심리기일 종결 후에도 결정이 내려지기까지 대부분 60일 이상이 소요되는데, 이처럼 결정문이 나오기까지 상

당한 시간이 걸리는 원인은 전심재판부의 방대한 결정이유 작성방식에 있다.

전심재판부는 결론에 이르는 과정을 설득력 있게 설명하기 위해 결정이유 작성에 많은 공을 들인다.³⁰⁷⁾ 결정문은 대부분 매우 길고 복잡한데, Katanga 사건의 공소사실확인결정문은 자그마치 226쪽에 이르고, 그 외의 경우에도 100쪽이 넘는 것이 보통이다.³⁰⁸⁾ ICC 최초 사건이었던 Lubanga 사건에서 공소사실확인결정이 내려졌을 때 결정이유가 지나치게 자세하여 피의자에 대하여 유죄의 예단을 야기한다는 비난도 제기되었다.³⁰⁹⁾ 전심재판부로서는 Lubanga 사건이 ICC의 첫 사건인만큼 공소사실확인을 위한 입증기준을 정립하고 판단과정을 상세히 적시하여 일종의 '교육적 의무(educational duty)'를 다하고자 하였던 것으로 이해할 수 있다.³¹⁰⁾ 그러나 이후 다른 사건에서까지 이러한 선례를 따르는 것은 바람직하지 않다. 전심재판부의 업무 경감이나 신속한 절차 진행을 위해서는 물론, 공소사실확인결정의 결정이유가 1심재판관에게 유죄의 인상을 심어줄 가능성이 대단히 높으므로, 무조건 결정이유를 자세하게 실시하는 것이 바람직하다고 볼 수는 없다.

나. 당해 사건과 무관한 쟁점 판단

307) 전심재판부의 역할은 전체 재판절차에 있어 단지 주변적인 판단(marginal assessment)을 내리는 것이 아니라 재판절차의 투명성과 설득력을 위해 사실관계와 법리가 충분히 드러나는 구체적이고 근거 있는 결정을 내리는 것이다. Mahdi Confirmation Decision, Separate Opinion of Judge Péter Kovács, para.6.

308) 그 밖에 Abu Garda 사건의 경우 103쪽, Banda 사건의 경우 75쪽, Gbagbo 사건의 경우 131쪽, Bemba 사건의 경우 186쪽, Bemba *et al.* 사건의 경우 55쪽, Blé Goudé 사건의 경우 90쪽, Muthaura *et al.* 사건의 경우 155, Ruto *et al.* 사건의 경우 139쪽, Ntaganda 사건의 경우 98쪽, Ongwen 사건의 경우 104쪽, Mahdi 사건의 경우 27쪽 상당이다(영문본 다수의견 기준).

309) G. de Beco, *supra* note 233, pp.475-476.

310) M. Miraglia, *supra* note 161, p.500.

일반적으로 판결문을 작성할 때에는 사실 인정을 먼저 한 다음, 인정된 사실관계를 토대로 법률을 해석·적용한다. 형사사건의 경우에도 역사적 사실의 발생 및 이러한 사실과 피의자 사이의 연관성(*imputatio facti*)을 먼저 밝힌 후, 그 사실이 범죄를 구성하는지, 즉 피의자에게 형사책임을 물을 수 있는지(*imputatio iuris*)를 검토한다. 따라서 사실인정 단계에서 공소사실과 검사가 특정한 피의자 사이에 연관이 없는 것으로 밝혀진다면 그 공소사실이 ICC 관할범죄의 구성요건을 갖추었는지 여부를 판단할 필요 없이 공소사실확인을 거절하는 것이 논리적인 순서라 할 것이다.³¹¹⁾

그럼에도 불구하고 Abu Garda 사건의 다수의견은 당해 사건과 무관한 쟁점에 대해서까지 심리를 확대하였다. 검사는 2007. 9. 29.경 수단 북부의 다르푸르(Darfur) 움 카달라(Umm Kadala) 지역의 하스카니타 군부대지(Military Group Site Haskanita)에서 주둔 중이던 아프리카연합 수단 평화유지군(African Union Mission in Sudan, 이하 'AMIS'이라 한다)에 대해 가해진 무력공격³¹²⁾이 당시 정의평등운동단체(Justice and Equality Movement, 이하 'JEM'이라 한다)의 부사령관이자 사무총장이었던 Abu Garda의 지휘에 의한 것이라고 주장하면서, Abu Garda를 ① 로마규정 제8조 제2항 (c)(i)(생명 및 신체에 대한 폭행 등), ② 같은 항 (e)(iii) (평화유지임무와 관련된 요원 등에 대한 고의적 공격), ③ 같은 항 (e)(v)(도시 또는 지역의 약탈)로 의율하여 제25조 제3항 (a)의 직·간접적 공범 책임으로 기소하였다. 다수의견은 가장 먼저 Abu Garda가 ② 로마규정 제8조 제2항

311) Abu Garda Confirmation Decision, Separate Opinion of Judge Cuno Tarfusser, paras.4-5.

312) 2002. 8.경 수단 북부의 다르푸르에서 수단 정부군(Sudanese Armed Forces), 관제 민병대 연합과 수단해방운동/군(Sudan Liberation Movement/Army, SLM/A), JEM을 중심으로 하는 반군 연합 사이에 무력충돌이 발생하였다. JEM은 2007. 9. 29. 하스카니타 군부대지에서 주둔 중이던 AMIS을 상대로 무력 공격이 가하였는데, 이로 인해 AMIS 군인 12명이 죽고 8명이 다쳤으며, 각종 시설, 장비가 파괴되었다.

(e)(iii)을 위반하였는지 여부를 판단하면서 아래의 순서로 결정이유를 제시하였다.

(1) 범죄의 객관적 구성요건(material elements of the crimes)

- ① 로마규정 제8조 제2항 (e)(iii)의 주관적·객관적 요건에 관한 해석
- ② 2007. 9. 29.경 하스카니타 군부대지에 대한 공격 유무 **[적극]**
- ③ AMIS가 평화유지임무와 관련된 요원인지 여부 **[적극]**
- ④ AMIS의 요원, 시설 등이 무력분쟁에 관한 국제법의 보호를 받는 민간인 또는 민간시설에 해당하는지 여부 **[적극]**

(2) 개인의 형사책임(individual criminal responsibility)

- ① Abu Garda가 다른 사령관들과 사이에 하스카니타 군부대지를 공격하려는 합의 또는 공통된 계획이 있었는지 여부 **[소극]**
- ② Abu Garda가 하스카니타 군부대지 공격을 지휘하였거나 직접 참여하였는지 여부 **[소극]**

전심재판부는 결정이유에서 위 (1) ④ ‘AMIS의 요원, 시설 등이 무력분쟁에 관한 국제법의 보호를 받는 민간인 또는 민간시설에 해당하는지 여부’에 관하여 상당한 면을 할애하여 검토하였다. 그러나 결과적으로는 Abu Garda가 하스카니타 군부대지 공격과 아무런 관련이 없다는 이유로 공소사실확인을 거절하였다는데, 이러한 논리 전개는 결론에 이르러 다소 맥이 빠지는 구성이다. Abu Garda가 하스카니타 군부대지 공격과 아무런 관련이 없다면, 위 공격의 법적 성격에 대한 해석((1) ①-④ 부분)은 사건 해결에 있어 별다른 논의의 실익이 없었다. 위 사건에서 전심재판부는 JEM의 하스카니타 군부대지에 대한 공격이 있었는지, 그

리고 Abu Garda가 위 공격에 가담하였는지 여부를 먼저 판단하여 신속하게 결정을 내렸으면 족했다. 더 나아가 로마규정 제8조 제2항 (e)(iii)의 객관적 구성요건에 대해 어려운 법리를 나열해가며 설명할 필요도 없었고 그래서도 안되었다. 이는 오히려 전심재판부의 심리범위와 목적을 지나치게 확대하였다는 인상을 주고, 재판소의 인력 낭비이고 신속한 재판의 이념에도 반한다.

아마도 다수의견은 하스카니타 군부대지 공격과 관련된 다른 사건이 ICC에 회부되거나 검사가 추가증거를 보강한 후 Abu Garda에 대하여 공소사실확인을 다시 요청할 것을 대비하여 사건의 통일적 해결을 위해 일종의 선결 문제이자 공통된 쟁점에 대해 미리 판단을 내리고자 했던 것으로 보인다. 실제로 위 결정이 있는 후 약 10개월 후 Abdallah Banda Abakaer Nourain과 Saleh Mohammed Jerbo Jamus에 대하여 이들이 위 공격을 명령·지휘하였다는 공소사실로 공소사실확인 심리가 진행되었다. 전심재판부는 2011. 3. 7. 범죄의 객관적 구성요건에 관한 Abu Garda 사건의 판시 내용을 그대로 인용하여 공소사실확인결정을 내렸다. 그러나 ICC 결정에는 선례 구속력이 없어 선행 사건이 후행 사건에 아무런 법적 효력을 미칠 수 없다. 다행히 Abu Garda 사건과 Banda 사건은 동일한 제1전심재판부에서 진행되긴 하였으나, 만약 Banda 사건을 다른 전심재판부가 맡았다면 종전 결정이 Banda 사건의 담당 재판부에 게는 상당한 심리적 부담으로 작용했을 것이다.

앞에서 살핀 바와 같이 전심재판부는 공소사실확인 심리의 장기화와 비효율 문제를 개선하기 위해 검사의 완결된 수사를 토대로 검사가 수집한 증거나 피의자가 보유한 증거를 증거개시절차를 통해 전부 전달받아 증거 기록을 미리 파악하고, 이를 바탕으로 내린 전심재판부의 판단과 배치되는 공소사실의 법적 구성은 전심재판부 직권으로 변경하며,

결정이유도 그 설득력을 높이기 위해 매우 방대하고 상세하게 실시하는 방식으로 절차를 관리, 통제하고자 하였다. 그러나 위와 같은 직권주의적 심리방식은 도리어 문제를 고착화시키고 있어 새로운 개선방향을 모색할 필요가 있다.

제2절 재판전공소사실확인절차의 개선방안

전심재판부는 심리의 장기화와 비효율적인 절차운영방식을 해결하기 위해 공소사실확인 심리범위를 확대하고 사실인정과 공소사실의 법적 구성에 대한 권한을 강화하는 방안을 택하였다. 그럼에도 눈에 띄는 효과는 없었는데, 재판전공소사실확인절차에서의 심리기간이 길어졌다고 하여 반드시 공판절차에서의 심리가 조속히 종결되는 것이 아니었고, 오히려 이중으로 시간이 소요되었기 때문이다. 아래에서는 지금까지 진행되고 있는 재판전공소사실확인절차에 대한 ICC 내 개선 논의내용을 살펴보고 바람직한 개선방안을 제시한다.

I. 종전의 개선 논의

1. 사후평가 실무그룹(Working Group on Lessons Learnt)

재판전공소사실확인절차는 여전히 ICC의 재판 장기화 문제의 원인 중 하나로 꼽히고 있지만, 이는 오히려 다른 측면에서 보면 위 절차의 구조적 개선을 통해 전체 재판의 소요기간을 단축하고 재판의 질을 향상시키는 중요한 전기가 마련될 수도 있다는 의미이기도 하다. 이에 따라 ICC 내부에서는 위 절차의 개선을 위한 활발한 연구가 진행되고 있다.

ICC 당사국총회(Assembly of State Parties)의 거버넌스 연구반(Study Group on Governance)³¹³⁾은 2012. 10.경 재판의 효율성 증진 방

313) 로마규정 체계의 제도적 기틀을 공고히 하고 ICC의 효율성과 실효성을 높이며 ICC와 당사

안을 모색하고 절차및증거규칙 개정안을 연구하기 위하여 「ICC 형사소송절차 개선에 관한 로드맵(Roadmap on Reviewing the Criminal Procedures of the ICC)」 계획의 일환으로 '사후평가 실무그룹(Working Group on Lessons Learnt, 이하 'WGLL'이라 한다)'을 창설하였다.³¹⁴⁾ 이후 ICC는 거버넌스 연구반에 1차 사후평가 보고서를 제출하면서 연구가 필요하다고 생각되는 9개의 분야를 정리하였다.³¹⁵⁾ 그리고 WGLL은 2012. 11.경 첫 회의에서 ICC의 현재 여력상 가장 연구에 집중하여야 할 분야를 ① 전심재판, ② 전심재판과 공판절차의 관계 및 공통 쟁점, ③ ICC의 소재지 세 가지로 선정하여 지금까지도 이 분야에 관하여 활발한 연구를 진행하고 있다.

WGLL은 2014.경 그간의 연구를 토대로 ① 재판전공소사실확인절차를 비롯한 재판의 모든 단계에 공통적으로 적용되는 단일한 증거개시절차를 도입할 것, ② DCC에 기재된 공소사실과 증거목록상 증거가 서로 대응되도록 하이퍼링크(hyperlink)를 사용할 것, ③ 재판의 초기 단계에서 당사자로 하여금 다툼 없는 사실을 정리하도록 할 것 등을 제안하였다.³¹⁶⁾ 더 나아가 절차및증거규칙의 개정을 통해 이러한 내용을 규범화하려는 시도도 하였다. 그러나 절차및증거규칙의 개정은 당사국총회 회원국의 3분의 2 이상의 찬성이 필요해³¹⁷⁾ 절차가 쉽지 않은데다 시간도 많이

국들 사이의 교류를 증진하기 위하여 당사국총회 결의하에 헤이그에 설치된 연구반이다; ICC, "Establishment of a study group on governance", Resolution ICC-ASP/9/RES.2 (10 December 2010).

314) ICC, "Report of the Working Group on Lessons Learnt to the Study Group on Governance, Cluster I: Expediting the Criminal Process, Progress Report on Clusters A, B, C and E" (30 September 2015), para.1; WGLL은 ICC 소장인 Fernández de Gurmendi 재판관의 총괄하에 ICC 소장단, 법규정 자문위원회(Advisory Committee on Legal Texts) 소속 재판관들, 그리고 그 밖에 자발적으로 참여한 ICC 재판관들로 구성되어 있다; *Ibid.*, para.2.

315) 위 9개 주제는 ① 전심재판, ② 전심재판과 공판절차의 관계 및 공통 쟁점, ③ 공판절차, ④ 피해자 절차참가 및 배상, ⑤ 상고심, ⑥ 임시석방, ⑦ ICC의 소재지, ⑧ 언어, ⑨ 조직이다.

316) ICC WGLL, "Progress Report on Cluster B: "Pre-Trial and Trial Relationship and Common Issues" (8 April 2014), pp.7, 14, 18.

소요되었다. 또한 당사국총회의 찬성을 얻더라도 단편적이고 부분적인 개정에 그친다면 재판절차 전체의 신속과 효율을 장담하기 어려웠다.

이에 WGLL은 전심재판부의 실무 관행을 개선하는 것이 가장 실효적인 방법이라고 보아 2015. 6. 18.부터 6. 21.까지 뉘른베르크에서 실무 회의를 개최하였다. 여기서 재판전공소사실확인절차 및 공판절차의 효율성과 실효성 확보를 위한 바람직한 실무 관행 정립과 ICC 규정의 개정 방향에 관한 구체적인 논의를 진행하였다.³¹⁸⁾ 그리고 그 결과를 바탕으로 WGLL은 2015. 9.경 당사국총회에서 ICC 규정의 개정 없이 각 부(Division)와 재판부(Chamber)의 실무 관행을 통일하여 점진적이고 전면적인 개선을 꾀할 것을 제안하면서 「전심재판실무제요(Pre-Trial Practice Manual)」를 제정·공개하기에 이르렀다. 위 재판실무제요의 구체적인 내용과 법적 효력에 대하여는 항을 바꾸어 자세히 살펴본다.

2. 재판실무제요의 제정

가. 재판실무제요의 내용

형사소송절차는 인권과 가장 민감하게 관련된 수사와 재판에 관한 절차임에도 불구하고 그동안 ICC 실무처리에 있어 참고할 만한 자료가 부족했다. 재판관에 따라 절차 운영방식도 서로 달랐다. 이에 전심재판부는 2015. 9.경 실무 관행을 통일하고 바람직한 실무례를 제시하기 위하여 「전심재판실무제요(Pre-Trial Practice Manual)」를 제정·공개하였다. 그

317) 절차및증거규칙의 개정은 당사국, 절대과반수의 재판관 또는 검사에 의해 제안될 수 있고, 그러한 개정은 당사국총회 회원국의 3분의 2의 다수결에 의한 채택으로 발효한다(로마규정 제 51조 제2항).

318) ICC, *supra* note 314, para.7.

궁극적인 목적은 신속하고 효율적인 전심재판 진행과 절차의 투명성과 예측가능성을 확보하는 데 있다. 2016. 2.경에는 피해자 절차참가방식, 편집본 형태의 증거개시의 예외, 수사 등에 있어 기밀 정보의 처리에 관한 내용을 추가하면서 「재판실무제요(Chambers Practice Manual)」로 그 명칭을 바꾸었다. 그리고 2017. 5.경에는 1심재판 개시 전 공판준비절차에 관한 내용이 추가되었다.

재판실무제요에서는 WGLL과 ICC 외부의 국제법전문가집단의 연구 결과를 상당 부분 반영하여 재판전공소사실확인절차의 진행절차, 법리, 실무에서의 업무처리기준 등에 관하여 비교적 상세히 언급하고 있다. 심리기일과 각종 서면의 제출기한을 명시하고 첨단 정보통신기술을 활용한 증거개시절차와 이메일을 이용한 절차진행방식을 도입하는 등 재판의 신속과 효율을 도모하기 위해 고심한 흔적이 여러 곳에서 보인다. 특히 중요한 내용은 아래와 같다.

- (1) 전심재판부 또는 단독재판관은 로마규정 제60조 제1항, 절차및증거규칙 제121조 제1항에 따라 피의자가 체포되어 재판소로 이송된 때로부터 48시간에서 96시간 내에 또는 소환 당일 최초출석기일을 진행하여야 한다.³¹⁹⁾
- (2) 전심재판부는 최초출석기일로부터 4개월 내지 6개월 내에 공소사실확인 심리기일을 지정하되, 충분한 수사가 이루어진 후에 심리기일이 진행될 수 있도록 한다.³²⁰⁾
- (3) 일반적인 답변(responses) 기간인 21일(재판소규칙 제34조 (b))은 각종 절차적 문제에 관한 결정을 신속하게 내리고 재판 지연을 방지하여야 하는 공판전절차의 특성과 맞지 않으므로, 위 규정은

319) ICC, Chambers Practice Manual (May 2017), p.7.

320) *Ibid.*, pp.7-8.

재판전공소사실확인절차에 적용되지 않는다. 대신 전심재판부는 재판전공소사실확인절차 전반에 걸쳐 이보다 짧은 기간 내에(주로 5일) 답변을 제출하도록 한다.³²¹⁾

- (4) 절차의 효율적 운영을 위해 단순하고 지엽적인 절차 문제에 관한 신청이나 결정은 예외적으로 서면 대신 이메일을 이용하도록 한다. 예컨대, 당사자들의 시간 제한이나 쪽수 제한, 답변 허가(leave to reply) 등과 관련한 신청, 사무국의 기록 재판절이나 특정 문제에 관한 보고서 제출 등에 있어 이메일을 이용할 수 있다.³²²⁾
- (5) 심리준비기일(status conference)을 적극적으로 활용한다. 심리준비기일에 구두로 재판 진행과 관련한 명령과 설명을 함으로써 서면 결정의 부담을 덜고 효율성을 높일 수 있다. 당사자들의 절차 관련 신청도 위 기일에 접수하여 의견을 교환한 후 결정한다.³²³⁾
- (6) 부수적 사실관계나 주장, 증거들은 DCC에 함께 기재하거나 별도의 서류, 예컨대 사건설명서([pre-]confirmation brief)의 형태로 제출한다. DCC에 함께 기재하는 경우에는 ‘공소사실(charges)’과 ‘주장(submissions)’이라는 별개의 장으로 구별하여 기재한다.³²⁴⁾
- (7) 재판전공소사실확인절차에서 실물증거(live evidence)는 예외적으로 사용하되, 전심재판부의 허가를 받아야 한다. 당사자들은 진술서나 그 밖의 서면 증거로 구두증언을 대체할 수 없음을 충분히 소명하여야 한다.³²⁵⁾
- (8) 전심재판부는 심리대상이 될 ‘주된 사실과 정황(material facts and circumstances)’과 공소사실을 뒷받침하는 주장, 증거 등 부

321) *Ibid.*, p.9.

322) *Ibid.*

323) *Ibid.*

324) *Ibid.*, p.12.

325) *Ibid.*, p.14.

수적인 사실(subsidiary facts)을 구별하여 결정이유를 작성하고, 부수적인 사실은 재판부의 판단에 필요 충분한 정도로만 제한적으로 실시하여야 한다.³²⁶⁾

재판실무제요가 제정·공개된 이후 내려진 Ongwen 사건과 Mahdi 사건의 공소사실확인에 관한 결정에서는 전심재판부의 변화의 노력을 엿볼 수 있다. Ongwen 사건에서 전심재판부는 처음으로 ‘공소사실확인전 사건설명서(pre-confirmation brief)’를 제출하도록 하였다.³²⁷⁾ DCC에 주된 사실과 정황만 기재하여야 하므로 재판부와 상대방의 이해를 돕기 위해 방대한 양의 관련 사실관계와 주장, 증거를 정리·설명할 필요가 있었기 때문이다. 위 사건에서 검사는 257쪽 상당의 사건설명서를 통하여 70개의 공소사실과 5개 내지 6개의 책임형태에 따라 이에 대응하는 증거를 체계적으로 정리하였다. 또한 로마규정이나 절차및증거규칙에는 양 당사자가 제출한 증거를 결정문에 어떻게 실시할 것인지에 대해 아무런 규정이 없다. 이에 따라 전심재판부는 Ongwen 사건 이전까지는 사실인정을 하면서 그 근거가 된 증거의 표제와 해당 쪽수를 기재해 왔다. 그러나 Ongwen 사건과 Mahdi 사건에서는 재판실무제요에 따라 증거를 거시하지 않고 증거가치에 대한 판단도 과감히 생략하였다.³²⁸⁾ 그 덕분에

326) *Ibid.*, p.12.

327) *Prosecutor v. Ongwen*, "Pre-confirmation brief, 21 December 2015", ICC-02/04-01/15-375-AnxC-Red, Office of the Prosecutor.

328) 예컨대, Mahdi 사건의 다수의견에서는 단순히 '검사가 제출한 증거', '유엔과 언론 측 보고서' 등에 의하여 비국제적 성격의 무력충돌의 존재 및 피의자의 범행 가담 사실이 인정된다고 실시하였다.

그러나 Ongwen 사건과 Mahdi 사건의 별개의견에서는 공소사실을 뒷받침하는 증거를 개별적으로 거시하는 것은 물론 증거자료의 내용까지도 기재하여야 한다고 하였다. 더 나아가 Ongwen 사건의 Marc Perrin de Brichambaut 재판관은 별도의 항에서 양 당사자가 제출한 증거의 요지를 실시하고 그 당부를 판단할 것을 주장하기도 하였다; Mahdi Confirmation Decision, Separate Opinion of Péter Kovács, paras.4-5; Ongwen Confirmation Decision, Separate Opinion of Marc Perrin de Brichambaut, paras.10, 30-177.

Ongwen 사건은 피의자 최초출석 후 1년 2개월만에, 공소사실에 대한 다툼이 없었던 Mahdi 사건은 6개월만에 공소사실확인결정이 내려질 수 있었다.

나. 법적 효력

다만 재판실무제요의 제정에는 아무런 법적 근거가 없다. 따라서 로마규정이나 절차및증거규칙, 재판소규칙에 인정되는 구속력과 같은 효력은 없다.³²⁹⁾ 그간의 전심재판부 운영 경험과 지식을 바탕으로 한 일반적인 가이드라인이자 일종의 '참고자료(explanatory document)'이므로 이를 위반하더라도 소송법상 효력에는 그 영향이 없는 것이다.

그러나 전심재판관들의 합의를 거쳐 전심재판절차의 업무처리 기준을 제시하고 절차의 신속과 효율을 위해 위 재판실무제요가 제정된 만큼 특별한 사정이 없는 한 이를 존중함이 바람직하다. 위와 같은 실무 관행이 축적되고 이에 대한 광범위한 합의가 이루어진다면, 절차및증거규칙이나 재판소규칙을 통한 규범화도 용이해질 것이다. 그리고 더 나아가 국제형사재판제도를 한 단계 발전시키고 안정시키는 데 밑거름이 될 것으로 기대된다.

3. 검찰의 전략계획(Strategic Plan)

한편, 검찰은 WGLL이 구성된 때로부터 약 1년이 지난 2013. 10.

329) *Prosecutor v. Gbagbo and Blé Goudé*, "Judgment on the appeal of Mr Laurent Gbagbo against the decision of Trial Chamber I entitled 'Decision giving notice pursuant to Regulation 55(2) of the Regulations of the Court'", ICC-02/11-01/15-369, 18 December 2015, Appeals Chamber, para.54.

11. 「2012년 - 2015년 전략계획(Strategic Plan: 2012-2015)」을 공개하였다. 이는 ICC가 2003년 공식 출범한 이래 그간 진행된 수사와 공소제기 결과를 분석하여 검찰의 역량과 효율을 높이기 위한 개선방안과 향후 전략을 수립한 계획안이다.³³⁰⁾ 검찰은 위 전략계획에서 세 가지 변화를 강조하였다. 첫 번째는 새로운 공소제기 정책을 마련할 것, 두 번째는 인력과 자원을 소수 사건에 집중함으로써 사건처리의 양보다 질을 우선할 것, 세 번째는 검찰을 효율적으로 운영할 것이었다. 검찰 역시 신속하고 효율적인 재판 진행을 최우선 목표로 하고 있는데, 다만 절차및증거규칙의 개정은 고려하지 않고 있는 것이 특징이다.³³¹⁾

위 전략계획에서는 재판전공소사실확인절차의 신속과 효율을 위해 가능한 한 절차의 초기 단계, 예컨대 체포영장 청구단계, 늦어도 재판전 공소사실확인 심리시까지 ‘가능한 한 공판절차를 개시할 수 있을 정도로 (as trial-ready as possible)’ 공판준비를 마친 사건을 재판전공소사실확인절차에 제출할 것을 목표로 제시하였다.³³²⁾ 위 목표를 달성하기 위한 구체적인 방안으로 ① 증거 수집의 범위를 확대하고 다양화할 것, ② 수사 단계에서 유무죄 가능성을 모두 열어두어 실제 공소제기에 있어 의사결정을 강화할 것, ③ 공소사실확인을 위한 심리에 가능한 한 공판절차에 바로 회부가능할 정도의 사건을 제시하되, 체포영장 또는 소환장 발부 청구시까지 불가피하게 공판절차 준비를 마칠 수 없는 경우(예컨대 피의자의 체포를 위해 필요한 경우나 증인이 피의자가 구속된 이후에 증언하길 원하는 경우)에는 체포영장 발부 후 합리적인 기한 내에 증거수집을 충분히 마칠 수 있을 때에만 체포영장을 청구할 것을 제시하였다.

이후 검찰은 2015. 7. 6. 「2016년 - 2018년 전략계획(Strategic Plan:

330) ICC Office of Prosecutor, "Strategic Plan: 2012-2015" (11 October 2013), para.1.

331) *Ibid.*

332) *Ibid.*, para.4.

2016-2018)」을 발표하면서,³³³⁾ 「2012년 - 2015년 전략계획」을 사후평가한 결과 아래 표와 같이 전략계획 도입 이후로 공소사실확인결정 인용률이 적어도 23% 이상 증가한 것으로 평가하였다.³³⁴⁾

CONFIRMATION PERFORMANCE	Previous strategy 2003-June 2012		Strategy June 2012-2015		Performance increase
	Total	%	Total	%	
Per charges					
Confirmed	50	62.5	206	85.83	+23.33%
Not confirmed	30	37.5	34	14.17	
Total	80	100	240	100	
Per accused					
Confirmed	10	71.43	8	100	+28.57%
Not confirmed	4	28.57	0	0	
Total	14	100	8	100	

【표 4】 검찰의 2003년 - 2015년 사후평가 결과

그리고 이러한 증가는 종전 전략계획의 제안에 따라 Gbagbo 사건에 많은 자원을 집중시키고, Bemba *et al.* 사건에서 다양한 증거를 제출한 덕분이라고 해석하였다. 그러나 재판의 진행 속도에 대해서는 보다 많은 시간이 축적되어야 한다는 이유로 평가요인에서 제외되어 분석이 이루어지지 않았다.

II. 개선방안

1. 심리범위의 축소 및 절차의 간이화 필요성

333) ICC Office of Prosecutor, "Strategic Plan: 2016-2018" (6 July 2015), p.15.

334) *Ibid.*, p.1.

가. 종래 개선 논의의 한계 및 공소사실확인을 위한 입증기준의 재정립

위에서 본 바와 같이 ICC는 심리의 장기화와 비효율 문제를 해결하기 위해 부단한 노력을 기울여 왔으나, 문제는 쉽게 해결되지 않고 있다. 재판실무제요 제정 후 진행된 Ongwen 사건과 Mahdi 사건도 전체 심리기간에 있어서는 눈에 띄는 개선효과를 보지 못했다. 향후 사건의 진행 경과를 더 지켜보아야겠지만, WGLL의 최근 보고에 의하더라도 개별적이고 단편적인 방식의 절차 개선만으로는 쉽게 심리기간을 단축시키거나 효율을 높이기 어렵다는 것이 점점 분명해지고 있다.³³⁵⁾

그 근본적인 원인은 전심재판부가 여전히 진실규명의 책임이 재판부에 있음을 전제로 전심재판부가 재판전공소사실확인절차에 능동적으로 참여하고 심리의 범위를 확대하는 방법으로 위 절차의 신속과 효율을 꾀하고 있는 데 있다.³³⁶⁾ 이러한 전심재판부의 경향에 대해 혹자는 정의에

335) ICC WGLL, "Report of the Bureau on Study Group on Governance, Annex II: Report of the Working Group on Lessons Learnt to the Study Group on Governance Cluster I: Expediting the Criminal Process Progress Report on Cluster B: 'Pre-Trial and Trial Relationship and Common Issues'", ICC-ASP/13/28, 28 November 2014, para.32.

336) 최근에 이루어진 Ongwen 사건과 Mahdi 사건의 별개의견을 보더라도 전심재판부 내부에는 재판전공소사실확인절차의 역할에 큰 무게를 두어 위 절차에서의 심리를 지금보다 더 철저히 하여야 한다는 주장이 있음을 확인할 수 있다. 전심재판부는 지금까지 재판전공소사실확인절차의 제한적인 증거 제출방식상 증거가치에 대한 전심재판부의 판단은 잠정적이고 추정적일 수밖에 없다고 보아, 증거가치에 대해 판단하되, 모호하거나 모순된 증거가 있다고 하여 선불리 이를 이유로 공소사실확인을 거절할 것이 아니라 일단 공판절차에 회부하여 1심재판부의 증거 판단을 받아야 한다는 입장을 유지해왔다; Gbagbo Confirmation Decision, para.22; Blé Goudé Confirmation Decision, para.14; Ongwen Confirmation Decision, para.18.

그러나 Ongwen 사건과 Mahdi 사건의 별개의견에서는 전심재판부가 증인의 신용성 판단을 비롯한 증거가치에 관한 문제를 '확정적으로(conclusively)' 판단하여야 한다고 보았다. 서면 증거나 약식 증거만으로 증거가치를 판단하기 어렵다는 이유로 소극적이고 신중한 입장을 취하면 대부분의 공소사실을 확인하게 될 것이고, 결국 전심재판부의 역할은 점점 축소되어 재판전공소사실확인절차는 형식적인 절차로 전락한다는 것이 그 이유였다; Mahdi Confirmation Decision, Separate Opinion of Judge Péter Kovács, ICC-01/12-01/15-84-Anx, 9 May 2016, paras.7-16; Ongwen Confirmation Decision, Separate Opinion of Judge Marc Perrin de Brichambaut, ICC-02/04-01/14-422-Anx-tENG, para.5.

대한 광적인 열망에 사로잡힌 검사의 출현을 막기 위해, 소위 ‘검사의 엑셀레이터에 대한 브레이크(brake on Prosecutor’s accelerator)’와 같은 역할로서 전심재판부가 창설되고 재판전공소사실확인절차가 도입된 것임에도, 전심재판부는 마치 ‘수사기구(investigatory engine)’ 내지 ‘행동주의적 판사(activist judge)’처럼 오히려 검사보다 더 적극적으로 수사와 재판전공소사실확인심리에 개입하고 있다고 비판한다.³³⁷⁾

재판전공소사실확인절차의 심리 장기화, 비효율 문제를 극복하기 위해 전심재판부는 로마회의에서의 도입 취지를 살려 심리범위를 지금보다 훨씬 축소하고 절차의 감독자 지위로 돌아가야 한다. 그리고 공소사실확인을 위한 ‘믿을 만한 상당한 근거’의 입증기준은 수사절차와 공판절차 사이에 위치해 있는 중간적 역할, 즉 공판에 회부되어야 할 사건과 그렇지 않은 사건을 구별하는 일종의 ‘문지기(gatekeeper)’ 역할로 한정하여 해석되어야 한다.³³⁸⁾ 재판전공소사실확인절차는 전심재판부 스스로 인정하였듯 ‘부당하고 전적으로 근거 없는(wrongful and wholly unfounded)’ 공소사실로부터 피의자의 권리를 보호하기 위해 고안된 절차이다.³³⁹⁾ 그렇기 때문에 전심재판부는 공소사실확인 심리에서 피의자의 유무죄 판단에 대해 심리하여서는 안되는 것은 물론, 제출된 증거가 향후 ‘피고인에게 유죄를 선고하기에 충분한지’ 여부를 판단하려 해서도 안된다.³⁴⁰⁾ 피의자의 범죄혐의의 존재에 대해 다소 의심스러운 점이 있더라도 검사의 공소제기가 완전히 부당한 것이 아니라면, 일단 공판절차에 회부하여 1심 재판부의 판단을 받아볼 가치는 있는 것이다.

337) D. Scheffer, *supra* note 155, pp.157-158.

338) Gbagbo Adjournment Decision, Dissenting opinion of Judge Silvia Fernández de Gurmendi, para.18.

339) Lubanga Confirmation Decision, para.37; Katanga Confirmation Decision, para.63; Mbarushimana Confirmation Decision, para.41.

340) Abu Garda Confirmation Decision, para.40.

나. 무죄추정원칙 및 신속한 재판 원칙의 실현

물론 전심재판부가 공소제기의 근거가 부족한 사건을 공판절차에 회부할 경우 피의자는 정당한 이유 없이 최종 판결 선고시까지 계속 구금되어 있어야 하고, 1심재판부는 공판절차에서 재판의 실익도 없는 사건을 심리하기 위해 각종 증인 보호조치 및 증인 소환절차, 피해자 절차 참가에 따른 조치 등을 취하여야 하는데다 최종 선고시까지 소요될 시간과 비용, 인력도 상당하므로, 전심재판부로서는 그 결정에 있어 신중해질 수밖에 없다.

그러나 그렇다고 하여 지금과 같이 공소사실확인에 관한 심리에 지나친 무게가 실리게 되면, 재판전공소사실확인절차가 사실상 공판절차와 다름없이 운용될 위험을 배제하기 어렵다. 무죄추정의 원칙(principle of presumption of innocence)에 관한 로마규정 제66조에서는 ‘모든 사람(everyone)’은 유죄가 입증되기 전까지는 무죄로 추정되고 피고인의 유죄를 입증할 책임은 검사에게 있다고 규정하고 있다. 따라서 피고인뿐만 아니라 수사 중이거나 재판전공소사실확인절차에 있는 피의자도 당연히 무죄추정을 받는다.³⁴¹⁾ 그런데 재판전공소사실확인절차와 공판절차는 심리에 제출되는 증거의 형태와 입증기준의 정도를 제외하고는 대체로 유사한 심리구조를 가진 탓에 공판절차보다 재판전공소사실확인절차에 심리가 집중되어 위 절차가 공판절차와 유사하게 운영될 경우 무죄추정의 원칙에 반할 우려가 대단히 높다.³⁴²⁾ 또한 공소사실확인에 관한 결정이

341) Mbarushimana Confirmation Decision, para.53; Ruto *et al.* Confirmation Decision, para.41.

342) 박병도, "국제형사절차에 있어서 적법절차: 국제형사재판소규정을 중심으로", 국제법학회논총, vol.55, no.1 (2010), pp.151-152.

사실상 결정적이고 확정적인 판단으로 간주되어 공판절차가 본래의 의미를 상실하고 형해화될 위험도 크다. 로마규정 심의 과정에서도 재판전공소사실확인절차가 사실상 공판절차와 다름없이 운용되어 심리가 중복되고 공판 전 단계에서 피고인의 유무죄가 판가름날 수 있다는 이유로 위 절차의 도입에 반대하는 의견이 있었다. 재판전공소사실확인절차가 피고인의 유무죄를 미리 예측해보는 '간이재판(mini-trial)'화되거나 '재판 전 재판(trial before the trial)'으로 변질되는 것을 절대 경계하여야 한다.³⁴³⁾ 따라서 전심재판부는 재판전공소사실확인절차를 운영하는 과정에서 '재판 전' '공소사실을 확인'한다는 원래 목적을 벗어나지 않도록 입증기준과 절차 운영방식을 명확하게 설정하여 공판절차의 영역을 침범하지 않도록 해야 할 것이다.

피의자의 신속한 재판을 받을 권리도 반드시 보장되어야 한다. 그레야만 피의자(피고인)의 불안정한 법적 상태를 조속히 확정함으로써 법적 안정성을 실현할 수 있다.³⁴⁴⁾ 실제 진실이 사라지기 전에 재판을 진행하여 사법 정의를 구현한다는 공익적 목적도 있다. 특히나 국제형사재판의 경우 증거의 양이나 기소된 범죄 수가 많고, 법률적 쟁점도 복잡하며 외국에서 증거를 수집할 필요도 커 재판이 지연될 가능성이 대단히 높다. 국제재판에 내재한 어려움과 당사자주의적 소송구조 때문에 재판이 장기화될 위험이 있다는 ICC 출범 당시의 지적은 이미 현실화되었다. 정창호 재판관이 2014년 ICC 재판관으로 선출되면서 "최대한 빨리, 효율적으로 재판이 이뤄지도록 하겠다, '지연된 정의는 부인된 정의'라는 말이 있듯 판결을 앞당기는 것이 적극적인 정의 구현이라고 생각한다."라고 언급하여³⁴⁵⁾ 재판의 신속을 강조한 것에 비추어 보더라도, 위 문제가 얼마나 심

343) Katanga Confirmation Decision, para.64; Abu Garda Confirmation Decision, para.39.

344) M. C. Bassiouni, *supra* note 103, pp.848.

345) 중앙일보, "'지연된 정의는 부인된 정의'... 판결 앞당길 것" (2014. 12. 10).

각한지 알 수 있다.

수사절차와 공판절차 사이에 위치한 재판전공소사실확인절차가 본연의 목적과 역할을 다하기 위해서는 전심재판부가 위와 같은 상반된 이념들 사이에 긴장과 균형을 유지하여야 한다. 그리고 그 구체적인 방안은 아래에서 살펴보는 바와 같이 심리범위를 축소하고 절차를 간이화하는 것이다.

2. 서면심리 방식의 적극적 활용

전심재판부는 지금까지 *Bemba et al.* 사건을 제외한 나머지 모든 사건에서 구두심리기일을 지정하여 심리를 진행하였다. 그러나 피의자가 공소사실에 대해 다투지 않거나 공소사실을 뒷받침하는 증거의 부족, 법적 구성의 흠결이 명백한 경우 또는 이미 관련사건이 진행된 바 있어 전심재판부가 사건을 충분히 파악하고 있는 경우 등에는 구두심리기일을 지정하는 대신 서면심리 방식을 적극적으로 활용할 필요가 있다.

서면심리라 함은 DCC에 기재된 공소사실과 피의자의 반박 서면, 이에 첨부된 증거기록을 기초로 구두 심리기일 지정 없이 공소제기의 당부를 심리하는 방식이다. 다만, 당사자의 주장이 분명하지 않아 이를 명확히 할 필요가 있거나 입증방법이 부족하다고 판단될 때에는 경우에 따라 기일을 지정하여 증인의 진술을 들음으로써 쟁점을 정리하고 필요한 증거를 제출하도록 할 수도 있을 것이다. 그러나 증인을 소환할 필요가 없고 기록을 통해서도 충분히 판단 가능한 사건들에 대해서까지 반드시 기일을 열어야 하는 것은 아니다. 로마규정 제61조에서는 '심리(hearing)'이라는 표현을 사용하고 있다. 이때 심리는 반드시 '재판관 앞에서의 구두 심리기일(oral sessions taking place before judges)'에 국한되지 않는

다.³⁴⁶⁾ 절차및증거규칙 제165조 제3항에서도 달리 정의관념상 요구되지 않는 한 로마규정 제61조 소정의 결정을 공개심리 없이 서면 자료를 토대로 내릴 수 있다고 규정하고 있다. Bemba *et al.* 사건도 위 규정을 근거로 서면심리로 진행되었다. 위 사건은 종전 Bemba 사건의 피의자였던 Bemba와 그의 변호인 또는 증인이었던 Kilolo, Mangenda, Babala, Arido가 위 재판에서 허위 증언을 하거나 증거를 조작하였다는 혐의 등으로 로마규정 제70조의 사법운영을 침해하는 범죄로 기소된 사건이었다. 단독재판관은 위 피의자들의 최초출석일에 공개심리 없이 서면에 기하여 사건을 심리하기로 결정하였다.³⁴⁷⁾ 기소된 범죄의 특성상 전심재판부가 종전 Bemba 사건의 기록만을 토대로 사건 내용을 알 수 있기 때문이다. 다른 범죄에 대하여도 달리 볼 것은 아니다.

심리기일 그 자체만으로 모두진술, 최종진술과 증인신문 등 절차 진행을 하는 데만 수일 또는 수주가 소요된다.³⁴⁸⁾ 특히 증인신문의 경우 통·번역이 필요하여 증인 1명당 최소한 하루 이상이 소요된다. 그러나 당사자들의 주장과 증거는 서면을 통해 파악하는 것이 훨씬 용이하고, 증거의 양도 방대하여 심리기일에 다툼이 있는 증거를 모두 조사하는 것은 현실적으로 불가능하다. 이러한 사정을 고려하면, 재판전공소사실확인 절차에서의 구두심리방식은 대중에게 공개된다는 상징적인 의미 외에 실질적인 이익은 거의 없다고 할 것인바,³⁴⁹⁾ 구두심리로 인하여 발생하는

346) Bemba 사건에서 전심재판부는 '심리(hearing)'의 의미를 전체 맥락에 따라 목적론적 또는 실효적으로 해석하여 '구두 심리기일(the oral sessions)' 이후에도 '심리(hearing)'를 연기할 수 있다고 판시하였다; *Prosecutor v. Bemba*, "Decision Adjourning the Hearing pursuant to Article 61(7)(c)(ii) of the Rome Statute", ICC-01/05-01/08-388, 4 March 2009, Pre-Trial Chamber III, para.32.

347) *Prosecutor v. Bemba et al.*, Transcript, ICC-01/05-01/13-T-1-ENG, 27 November 2013, Pre-Trial Chamber II, p.15.

348) A. Cassese, *supra* note 82, p.369.

349) V. C. Linsay, "A Review of International Criminal Court Proceedings under Part V of the Rome Statute (Investigation and Prosecution) and Proposals for Amendments", *Revue Québécoise de Droit International* (2010), pp.193-195.

불이익과 서면심리를 통해 달성되는 재판의 신속과 효율을 비교형량했을 때 후자를 통해 얻을 수 있는 이익이 더 크다.

지금까지 전심재판부가 공소사실확인을 거절했던 사건들에 비추어 보더라도 1-2주 동안 구두심리기일을 열 필요가 있었는지에 대해선 의구심이 든다. 위 사건들은 모두 전심재판부가 공소사실확인을 거절할 수밖에 없을 만큼 증거의 부족이나 모순이 명백하고 법적 구성에 흠결이 있어 서면심리를 통한 기록 검토를 통해서도 충분히 결론을 내릴 수 있는 사건들이었다. Abu Garda의 경우 공소사실을 뒷받침하는 증거의 흠결이 중대하여 사건의 법률적 쟁점에 대해 판단할 필요조차 없다는 이유로 공소사실확인이 거절되었고, Mbarushimana는 특정한 범죄 구성요건을 뒷받침하는 증거가 전혀 없거나 익명의 전문진술이 유일하다는 이유로 공소사실확인이 거절되었다. 마찬가지로 Kosgey는 익명의 증인 1명이 공소사실을 뒷받침하는 유일한 증거라는 이유로, Ali는 공소사실과 검사 측 증거가 서로 모순된다는 이유로 공소사실확인이 거절되었다.

서면심리 방식을 취한다고 하여 피의자의 방어권 행사에 크게 불리한 영향을 주는 것도 아니다. 지정된 심리기일에 당사자들이 출석하지 않는 것뿐이지 로마규정 제61조에서 정한 피의자의 공소사실 부인권, 증거 제출권, 증거이의권은 그대로 인정된다. 피의자 스스로 DCC의 사실관계에 대해 다투지 않는 대신 재판전공소사실확인절차를 신속하게 진행하여 공판절차로 넘어가길 경우도 있었다.³⁵⁰⁾ 나아가 공소사실확인을 위한 심리기일이 공판기일과 유사하게 운영됨으로 인하여 1심재판부의 심증형성에 영향을 미치고 양 절차의 심리가 중복되는 등의 문제가 발생하는 것인데, 서면심리 방식을 적극적으로 활용한다면 재판전공소사실확인절차가 '간이 재판(mini-trial)'으로 변질되는 것을 용이하게 방지할 수 있을 것이다.

350) Banda Confirmation Decision, paras.19, 21 ; Mahdi Confirmation Decision, para.9.

3. 전체 심리기간의 단축

로마규정과 절차및증거규칙에서는 심리의 종결기한을 따로 규정하고 있지 않다. 그러나 절차및증거규칙에 ‘특별한 사정이 없는 한 피의자의 최초출석일로부터 적어도 180일 이내에 심리를 종결하도록’ 하는 규정을 신설함으로써 심리기간을 전면적으로 단축할 필요가 있다. 전심재판부 자체에서 신속하게 절차를 진행하여 결정을 내리는 것도 중요하지만 검사와 피의자가 증거개시나 심리 준비를 위해 필수불가결하게 확보하여야 하는 시간이 있으므로 6개월 정도의 기간이 가장 적정하다고 보인다. 6개월 내에 심리를 종결하기 위해서는, 아래와 보는 바와 같이 검찰가 신속하게 공소를 제기하여 피의자의 최초출석 후 30일 이내에 DCC를 제출하고, 피의자가 답변서를 제출하면 그로부터 30일 이내에 심리기일을 진행하여 30일 이내에 결정을 내리는 것이 전제되어야 한다.

가. 조속한 공소제기의 필요성

전심재판부는 지금까지 검사가 공소사실확인 심리 이전에 수사를 완결하여 공판절차에 제출될 수사기록과 거의 유사한 기록을 기초로 공소사실확인 심리를 하는 것이 바람직하다고 여겨왔다. 그래야만 각종 절차적 문제에 대한 다툼과 공판준비절차가 공소사실확인 단계에서 거의 종국적으로 해결되어 공판절차가 신속하게 진행될 수 있고, 피의자로서도 공판절차에 이르러 재판전공소사실확인절차에서 심리되었던 공소사실과 전혀 다른 내용으로 재판받을 염려가 없어 방어권이 철저히 보장된다고 보았다. 그러나 재판전공소사실확인절차에서 검사로 하여금 완결된

수사를 토대로 수집된 모든 증거를 제출하도록 하는 것은 로마규정의 문언에 반할 뿐만 아니라 절차운영 면에서도 부작용이 많다.

우선 공소사실확인 심리에서 검사가 어느 정도의 증거를 제출할지 여부는 어디까지나 검사의 재량에 달려있다(로마규정 제61조 제3항, 절차 및 증거규칙 제121조 제2항 (c), 같은 조 제10항). 검사는 중요한 증거라도 소송전략에 따라 또는 피해자·증인 보호 등을 위해 제출하지 않을 수 있다. 뿐만 아니라 공판절차에 앞선 재판전공소사실확인절차에서 많은 증거들을 제출하도록 하는 것은 공소사실확인 심리를 위한 증거의 형태와 질을 왜곡하는 것으로서 로마규정 제61조에서 구상하고 있는 절차 구조에 정면으로 배치된다. 재판전공소사실확인절차와 공판절차의 가장 큰 차이점은 위 각 절차에 제출되는 증거의 형태와 양에 있기 때문이다. 로마규정 제61조 제5항에서도 완전한 형태의 증거가 아닌 서면 증거 또는 요약 증거를 제출하도록 하고 증인을 소환할 필요가 없다고 규정하고 있다. 이는 재판전공소사실확인절차가 공판절차로 변질되는 것을 근본적으로 방지하기 위해 강구된 최소한의 보호장치였다.³⁵¹⁾

나아가 위와 같은 전심재판부의 입장은 재판전공소사실확인절차에서 더욱 방대한 양의 증거가 제출되는 결과를 초래하게 될 것인데, 이러한 경우 증거개시절차는 더욱 복잡해지고 당연히 심리도 더욱 지연될 것이다. 로마규정 초안자들 역시 재판전공소사실확인절차에서 검사가 보유하고 있는 모든 증거를 제출하는 것은 바람직하지 않다고 보았다. 오히려 위 절차에서 지나치게 많은 증거가 제출되면 절차의 원활한 진행에 차질을 빚게 된다고 우려하였다.³⁵²⁾

351) K. Shibahara & W. A. Schabas, *supra* note 8, p.1171. 1998년 제58조 내지 제61조에 관한 추가제안 제61조 제4항에서 처음으로 제안되었고, 이는 로마회의에서 그대로 채택되었다.

352) Preparatory Committee on the Establishment of an ICC, "Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an ICC", UN Doc. A/51/22, Supplement no.22, vol. I (1996), para.232.

무엇보다도 공소사실확인결정의 근거가 된 증거가 공판절차에도 그대로 제출되는 것은 공판절차의 공정성과 연결성을 침해하고 무죄추정의 원칙에 반한다.³⁵³⁾ 전심재판부와 1심재판부가 각기 다른 절차적 목적을 가지고 있음에도 불구하고 동일한 증거를 두고 전자는 공판절차 회부 필요성을, 후자는 피고인의 유무죄를 판단한다는 것은 큰 의미가 없다. 오히려 재판전공소사실확인절차가 마치 피의자의 유무죄를 예측해보는 간이재판처럼 이용되어 공판절차와의 심리가 중복되거나 공판절차가 형해화되는 결과를 야기할 것이다. 1심재판부에게 피의자의 유무죄에 대한 예단을 발생시킬 가능성도 대단히 높아진다.

그러므로 검사는 ‘피고인의 유무죄 입증’을 위해서가 아니라 ‘공소사실확인’을 위해 필요한 증거가 충분히 수집되었다고 판단되면, 그 즉시 공소를 제기함이 타당하다. 만약 공소제기 이후 추가 수사가 필요하다고 보이면, 공소사실확인 심리기일의 연기를 요청하면 된다(절차및증거규칙 제121조 제7항). 설령 전심재판부가 공소사실의 확인을 거절하더라도 증거를 보강하여 공소사실확인 심리를 다시 요청하면 된다(로마규정 제61조 제8항).

나. 최초출석 후 30일 이내 DCC 제출

절차및증거규칙 제121조 제3항에서는 검사로 하여금 ‘심리일로부터 30일 전까지’ 피의자에게 DCC와 증거목록을 교부하도록 규정하고 있다. 그러나 이는 피의자의 방어권 보장 측면에서 보면 매우 미흡하다. 제5장 제1절 I. 1. 가. 【표 3】 재판전공소사실확인절차의 심리기간(p.114) 중 [DCC 제출일 ~ 심리개시일] 란을 보면, 특히 최근에 이르러 심리개시일

353) M. Miraglia, *supra* note 161, p.497.

로부터 30일 전에 임박하여 DCC를 제출하는 경향이 높다. 검사에 비해 상대적으로 열악한 지위에 있는 피의자가 30일 만에 공소사실과 증거목록을 검토하고 이를 반박할 주장과 증거를 정리하는 것은 현실적으로 매우 어려운 일이다. 현재 검찰과 전심재판부의 정책과 같이 공소사실확인 심리 전까지 공판절차에 회부할 수 있을 정도로 수사를 마무리하여 심리를 진행하려면 최초출석일로부터 30일 이내에 DCC를 제출하는 것은 거의 불가능할 것으로 보인다. 그러나 앞서 본 바와 같이 공소사실확인을 위한 심리가 검사의 공소제기가 부당하고 전적으로 근거 없는지 여부를 판단하는 것이라고 이해한다면, 최초출석 후 30일 이내 DCC를 제출하는 것은 어렵지 않다. 따라서 검사가 피의자에게 DCC와 증거목록을 ‘최초출석 후 30일 이내’ 교부하도록 절차및증거규칙 제121조 제3항을 개정함이 타당하다.³⁵⁴⁾

다. 공소사실확인결정 기한의 개정

1) 피의자의 답변서 제출일로부터 90일 이내 공소사실확인결정

재판소규칙 제53조에서는 ‘심리가 끝난 날로부터 60일 이내’에 공소사실확인결정을 내리도록 규정하고 있다. 그러나 ‘피의자의 답변서가 처음 제출된 날로부터 90일 이내’에 결정을 내리도록 수정하는 방안을 제안한다. 그리고 이를 단순한 권고적 성격의 훈시규정이 아닌 강행규정으로 명시하여야 한다.

이에 대해 전심재판부가 심리를 위한 충분한 시간을 가질 수 없다

354) War Crimes Research Office, "The Confirmation of Charges Process at the International Criminal Court: A Critical Assessment and Recommendations for Change", *International Criminal Court Legal Analysis and Education Project* (2015), pp.93-94.

는 비판이 있을 수 있다. 그러나 기일 지정 없이 DCC 및 하이퍼링크가 포함된 증거목록을 토대로 공소사실과 제출한 증거를 대응시켜가며 공소사실확인을 위한 입증기준을 충족하는지 여부를 심리한다면 90일의 시간은 결코 짧은 시간은 아니다. 오히려 재판전공소사실확인절차의 도입취지에는 부합한다고 보이는데, 전심재판부가 증거 전체를 면밀하게 검토하는 등 1심재판부와 같이 절차를 운영하는 것을 근본적으로 방지하고 오로지 ‘믿을 만한 상당한 근거를 뒷받침하는 충분한 증거’가 있는지 여부에만 집중할 수 있게 운영될 것이다.

한편, 일각에서는 ‘피의자의 답변서가 처음 제출된 날로부터 30일 이내’에 공소사실확인결정을 내리는 것으로 개정하자는 의견도 있다.³⁵⁵⁾ 그러나 검사와 피의자 사이의 증거개시절차가 진행되는 데 상당한 시간이 소요될 뿐만 아니라, 피의자에게는 검사 측 증거를 통·번역하여 이해하고 정리하는 데 충분한 시간이 확보되어야 하므로, 최초 답변서로부터 30일 이내에 결정을 내리는 것은 무기대응원칙이나 피의자의 방어권 보장 면에서 바람직하지 않다.

2) 결정이유의 간이화

전심재판부가 피의자의 답변서 제출일로부터 90일 이내에 공소사실확인 여부에 관한 결정을 내리려면 반드시 결정이유의 간이화 작업이 수반되어야 한다. 앞서 보았듯이 지금은 심리 종료일로부터 60일 이내에 결정을 내려야 함에도 불구하고(절차및증거규칙 제53조), 위 기한이 지켜지는 경우가 드물다.

지금까지 공소사실확인에 관한 결정들은 거의 예외 없이 아래와 같

355) *Ibid.*, pp.99-102.

은 체제로 서술되었다.

- (a) 공소가 제기된 피의자의 인적사항
- (b) 검사가 제출한 공소사실의 내용
- (c) 공소사실확인 심리 전까지의 절차 진행 경과
- (d) 당사자들의 절차에 관한 이의, 의견 등에 관한 판단³⁵⁶⁾
- (e) 사실관계 인정(사건의 역사적 배경, 범죄행위 등)
- (f) 위법성 인식 여부, 피의자의 책임능력, 책임형태 등 법률적 판단
- (g) 본문(operative part)

그러나 사건의 유형에 따라 결정이유의 기재 방식을 달리해야 할 필요가 있다. 우선 공소사실을 확인하는 결정에서는 앞서 살펴본 바와 같이 공판절차에서야 완전히 판단될 수 있는 증거가치에 대해 선불리 단정짓지 말고, 공소사실에 관한 판단에 필요한 최소한의 증거에 한정하여 이유를 설시함이 바람직하다. 재판의 심리대상이 되는 주된 사실과 정황 및 이에 대한 법적 구성을 구분해내기 위해서라도 굳이 불필요한 판단근거의 설시는 기재하지 않거나 간단하게 설시하여도 무방할 것이다.³⁵⁷⁾ 그러나 공소사실확인을 거절하는 결정에서는 위 결정으로 재판절차가 종결되므로 공소사실을 확인하는 결정에서보다 자세히 이유를 설시할 필요가 있을 것이다.³⁵⁸⁾ 그리고 피의자가 사실관계에 대해 다투지 않고 공판절차로의 신속한 회부를 원하는 경우에는 전심재판부가 간소한 양식으로 결정문을 작성할 수 있도록 규정을 개정할 필요도 있다.

356) 절차및증거규칙 제122조 제3항, 제6항. 주로 공소사실확인을 위한 입증기준에 관한 일반론, 증거의 증거능력, 관련성 및 증거가치 등 증거법적 문제에 관한 당사자들의 주장 판단, 재판소의 관할권 및 보충성, 재판적격성, 증거개시절차 등 절차적 쟁점에 관한 설시가 이루어진다.

357) ICC, Chambers Practice Manual (May 2017), p.17.

358) *Ibid.*

그리고 전심재판부는 사실인정의 근거가 된 증거의 표제와 쪽수를 일일이 각주에 거시하여 왔으나, 이러한 증거거시 방식도 지양하여야 한다. 당사자들이 개시하는 증거는 수만 쪽 이상이고, 그 중 전심재판부에 제출하는 증거만 하더라도 수천 쪽을 넘는데, 특별히 당사자들이 다투는 쟁점이 아님에도 불구하고 모든 사실관계에 대해 그 근거가 된 증거의 표제와 쪽수를 기재하는 것은 결정이유의 간결성을 해친다. 나아가 전심재판부에 의해 채택된 증거가 이후 재판기록에 포함되어 1심재판부로 송부되더라도(절차및증거규칙 제130조) 공판절차에서 당사자들이 합의하지 않는 한 자동적으로 1심재판부에 증거로 제출되거나 채택되는 것도 아니다.³⁵⁹⁾ 공판절차에서 새로운 증거 신청·제출 절차를 거쳐야 하므로, 위와 같은 실시방식이 1심재판부의 판단에 별다른 도움을 주지도 못한다. 이러한 면에서 재판실무제요에서 증거거시를 생략하도록 하고, Ongwen 사건과 Mahdi 사건이 그 변화에 따른 것은 매우 바람직하다.

재판전공소사실확인절차는 어디까지나 사건의 공판 회부 여부를 결정하고 공판절차에서의 심리범위를 특정하는 전체 재판절차의 중간 단계이고, 공소사실확인결정이 재판의 최종 결론도 아니다. 전심재판부는 검사가 공소사실확인 입증기준을 만족하기 위한 최소한의 증거를 갖고 있는지 여부만 판단하면 족하다. 따라서 증거에 대한 광범위한 검토와 구체적인 결정이유는 별다른 실익이 없고, 결정이유 작성에 지나치게 많은 노력을 들일 필요도 없다. 필요한 쟁점에 대해서는 분명하게 이유를 밝히되, 당해 사건의 공소사실확인 여부에 큰 영향이 없거나 불필요하게 어려운 법리에 관한 실시는 과감히 생략하여, 전심재판관의 결정문 작성

359) *Prosecutor v. Lubanga*, "Decision on the status before the Trial Chamber of the evidence heard by the Pre-Trial Chamber and the decisions of the Pre-Trial Chamber in trial proceedings, and the manner in which evidence shall be submitted", ICC-01/04-01/06-1084, 13 December 2007, Trial Chamber I, para.8.

부담을 덜고 신속하게 심리를 진행하는 것에 보다 노력을 기울여야 할 것이다.

4. 증거개시절차의 제한적 운용

앞서 제5장 제1절의 II. 1.에서 살펴본 바와 같이 전심재판부의 실무는 검사가 보유하고 있는 모든 증거를 공소사실확인결정 전까지 개시하고, 이처럼 당사자 사이에 개시된 증거는 그 개시와 동시에 전부 전심재판부에게 전달하는 것으로 확립되어 있다.

그러나 전심재판부의 위와 같은 실무는 당사자주의적 소송구조에서 발달한 증거개시제도와 체제상 정합성이 없고 그 이론적 근거와도 부합하지 않는다. 형사소송절차에서 검사와 피의자 사이에 증거의 구조적 편재현상이 발생하는 점은 직권주의 소송구조에서나 당사자주의 소송구조에서나 모두 동일하다. 검사는 수사단계에서부터 각종 증거자료를 수집할 수 있는 강력하고 독점적인 권한을 갖지만, 피고인은 변호인에 의해 조력을 받는다 하더라도 아무런 강제력을 행사할 수 없어 피고인에게 유리한 증거를 충분히 수집하는 데 한계가 있기 때문이다. 그리하여 공소제기와 동시에 법원에 모든 증거기록이 넘겨지는 대륙법계 직권주의 소송구조하에서는 피의자 측이 법원에 제출된 증거기록 자체를 열람등사하는 방식('access to the case file')으로 피의자의 방어권을 실질적으로 보장하고 있고, 이에 반해 공소제기 전까지 모든 증거기록이 검사의 수중에 있어 피의자 측이 사전에 증거를 열람할 수 있는 영미법계 당사자주의 소송구조하에서는 법원이 국가권력을 이용하여 검사로 하여금 피의자 측에게 증거를 개시하도록 강제함으로써 검사와 피고인에게 공격과 방어의 기회를 공평하게 부여하고 있다. 다만 당사자주의 소송모델에서도 증

거개시는 소송당사자 사이에 직접 이루어지므로, 법원은 당사자가 공판 절차에 실제 증거를 제출하기 전까지 그 증거를 볼 수 없다. 다시 말해, 법원은 증거개시절차를 운영하고 감독하는 중립적 지위에 있는 것이다. 이와 같이 직권주의하에서든 당사자주의하에서든 증거개시절차를 둔 목적은 피의자의 방어권 보장에 있지 법원의 실체진실 발견에 있지 않다.

ICC가 영미의 증거개시절차를 택하였다는 것은 곧 ICC가 기본적으로 재판은 검사와 피의자(피고인)가 중심이 되어 상호 공방에 의해 실체진실을 규명하는 과정이라고 전제하고 있음을 보여준다.³⁶⁰⁾ 그럼에도 전심재판부는 당사자 사이에 증거가 개시된 후 이를 전부 사건기록화하여 전심재판부에 전달되도록 함으로써 당사자주의에서 발달한 증거개시절차에 직권주의적 심리방식을 결합시켰다. 더군다나 현재 ICC에 E-protocol 시스템이 도입되어 검사가 위 시스템에 등록한 증거 전체가 그 즉시 피의자에게 개시되고 또 전심재판부에게 전달되기 때문에 더욱 직권주의 소송구조하의 사건기록 열람방식에 가까워진 것이 현실이다. 이러한 증거개시방식은 검사의 수사완결의무와 결합하여 전심재판부의 직권적 심리를 뒷받침하는 강력한 권한으로 활용되고 있다.

그러나 중요한 점은 검사의 수사권이 공소사실확인결정 후 공판절차가 진행될 때까지도 인정되는 이상 검사의 증거개시의무 역시 자연스럽게 계속적 성격을 띠 수밖에 없다는 것이다. 공판절차에서도 그전까지 개시되지 않은 증거나 새로 제출된 증거에 대한 증거개시절차가 진행되고 심지어 무죄 관련 증거는 상고심에서도 개시되어야 한다. 따라서 검사 측 증거개시의무의 범위를 어느 특정한 절차단계에서 획일적으로 확정하는 것은 현실적으로 큰 의미가 없다. 따라서 증거개시의 시기나 범위는 특정 절차의 목적과 역할에 따라 달리 판단하여야 한다. 그런데 앞서 재차

360) H. Kuczyńska, *supra* note 17, p.185.

강조한 바와 같이 재판전공소사실확인절차는 피고인의 유무죄 여부를 판단하는 본안절차가 아니라 사건의 공판절차 회부 여부를 판단하는 비교적 간소한 성격의 절차이다. 로마규정에서 공판절차에서와 달리 재판전공소사실확인절차에서는 서면 증거 또는 약식 증거를 제출할 수 있도록 하는 등 증거법적인 측면에서 입증의 부담을 대폭 경감한 것도 이러한 이유 때문이다. 이러한 제한적 심리범위와 목적상 증거개시절차 역시 공소사실확인결정 전까지는 공소사실확인 여부의 심리에 필요한 증거만 개시하고, 공소사실확인결정이 내려진 경우에는 그 결정일 이후부터 공판절차 개시 전까지 피고인의 유무죄에 대한 대부분의 증거를 개시하도록 하는 것이 바람직하다.

이미 로마회의에서도 재판전공소사실확인절차에서 전심재판부에 대한 전면적인 증거 전달이 이루어질 경우 추후 공판절차의 진행에 필요한 세부 증거에 대한 개시로 지나치게 많은 시간이 소요되고, 공소사실을 뒷받침하는 충분한 증거가 있는지 여부를 판단하는 간단한 전심재판절차를 지연시킬 것임을 이미 경계한 바 있다.³⁶¹⁾ 더군다나 앞서 본 바와 같이 검사는 공소사실확인결정 이후에도 공판절차에 이르러 기존에 제출한 증거를 철회하고 새로운 증거를 제출하는 것이 일반적이어서 재판전공소사실확인절차에서 모든 검사 측 증거에 대해 철저한 증거개시가 이루어진다면 공판절차의 준비를 위해서는 그다지 실익이 없다. 뿐만 아니라 전심재판부에게 당사자 사이에 개시된 증거를 전부 전달하는 것은 로마규정 제61조 제6항 (c)에서 규정하고 있는 피의자의 증거제출권과도 배치된다.

5. 유연하고 제한된 범위 내에서의 증거가치 판단

361) C. Kreß, *supra* note 185, pp.603, 610.

재판전공소사실확인절차의 가장 기본적이고 중요한 역할은 범죄 혐의를 뒷받침하는 충분한 증거가 있는 사건만 공판절차에 회부하여 재판 절차의 효율성을 보장하고 피의자의 권리를 보호하는 것이다. 그런데 범죄 혐의를 뒷받침하는 증거가 충분한지 판단하려면 모호하거나 모순되고 비일관적인 증거에 대해 일응의 판단을 내릴 수밖에 없다. 증거가치란 증거에 대한 양적인 평가가 아닌 질적인 평가(qualitative assessment)이므로,³⁶²⁾ 증거가 완전한 형태로 제시되지 않는다고 하여 전심재판부의 증거가치 판단 권한 자체가 제한되는 것은 아니기 때문이다. 또한 로마 규정에서 피의자에게 검사 측 증거에 대하여 이의를 제기하고 자신에게 유리한 증거를 제출할 권리를 인정한 것도 검사 측 증거의 신빙성을 탄핵할 기회를 주기 위함인데, 이러한 증거가치에 관한 다툼에 해답을 내놓는 것은 전심재판부의 당연한 역할이다.

다만 전심재판부가 증거가치를 판단할 수 있다고 하여 그 권한에 아무런 제약이 없거나 1심재판부의 그것과 동일한 것은 아니다. 공소사실확인을 위한 ‘믿을 만한 상당한 근거’의 입증기준은 전심재판부의 일종의 ‘문지기(gatekeeper)’ 역할 내지 중간자적 역할, 즉 재판에 회부되어야 할 사건과 그렇지 않은 사건을 구별함으로써 사법 경제를 보장하는 기능 면에서 이해되어야 한다.³⁶³⁾ 더군다나 재판전공소사실확인절차에 제출되는 증거는 원본 증거가 아니라 서면에 기재되거나 축약된 형태여서 전심재판부로서는 증거의 세세한 면을 모두 살펴볼 수 없다. 그래서 전심재판부는 다른 증거들을 토대로 추정하여 판단할 뿐이고 그 판단에 내재적

362) Ruto *et al.* Confirmation Decision, para.67; Muthaura *et al.* Confirmation Decision, para.80; Bemba Confirmation Decision, para.42; Katanga Confirmation Decision, para.77.

363) Gbagbo Adjournment Decision, Dissenting opinion of Judge Silvia Fernández de Gurmendi, para.18.

한계가 있는 것은 당연하다.³⁶⁴⁾ 불완전한 증거에 대하여 ‘확정적인’ 판단을 한다는 것은 현실적으로 불가능하고 지나치게 이상적인 생각이다. 나아가 전심재판부의 증거가치에 대한 판단은 1심재판부의 증거능력, 증거가치 등에 대한 판단에 아무런 영향을 미치지 않으므로,³⁶⁵⁾ 재판전공소사실확인절차에서 증거가치에 대해 중국적인 판단을 내릴 실익도 없다.

Ongwen 사건과 Mahdi 사건의 별개의견에서와 같이 전심재판부가 증거가치에 대해 확정적으로 판단하여야 한다는 입장은 마치 전심재판부가 당사자들로 하여금 증거를 더 많이 제출하도록, 특히 직접증거를 제출하거나 증인을 직접 소환하도록 독려하는 것으로 비춰질 수 있다는 데 더 심각한 문제가 있다. 이미 Gbagbo 사건에서는 전심재판부의 주류적인 결정 흐름에서 벗어나 서면 증거, 특히 익명의 전문증거보다 증인의 직접 진술의 증명력을 높이 인정한 바 있다. 위 사건에서는 대부분의 증거를 서면 증거의 형태로 제출할 수 있다고 하더라도 특정한 유형의 증거에 내재된 단점을 극복할 수 없다고 하면서,³⁶⁶⁾ ① 전문증거의 사용은 가능한 한 자제하여야 하고,³⁶⁷⁾ ② NGO 보고서와 언론 기사는 검사의 로마규정 제54조 제1항 (a)에 따른 완전하고 제대로 된 수사 결과로 볼 수 없으며,³⁶⁸⁾ ③ 서면 증거 형태의 익명 전문진술에 기한 주장은 받아들일 수 없다고 판시하였다.³⁶⁹⁾ 이에 반해, ① 진정성이 인정되고 보관의 연속성이 명확한 법의학적 증거나 그 밖의 물적 증거³⁷⁰⁾와 ② 증인의 개

364) Mbarushimana Confirmation Decision, para.48.

365) Lubanga Confirmation Decision, para.90; Katanga Confirmation Decision, para.71; Mbarushimana Confirmation Decision, para.53.

366) *Ibid.*, para.31.

367) *Ibid.*, paras.28-29(‘전심재판부가 증거 출처의 신빙성을 평가할 수 없는 경우 그 증거가치를 판단하는 것이 불가능하므로, 전심재판부가 정보의 출처를 모르고 증거의 출처에 관한 핵심 정보를 얻지 못하는 것은 대단히 문제가 많다’).

368) *Ibid.*, para.35.

369) *Ibid.*, para.37.

370) *Ibid.*, para.27.

인적인 목격에 기한 직접 진술증거³⁷¹⁾에 대해서는 높은 증거가치를 인정하였다.

위 결정은 검사가 서면 증거 또는 약식 증거에만 의존하여야 하고 증인을 소환할 필요가 없다고 명시한 로마규정 제61조 제5항의 취지에 정면으로 반한다. 검사가 위 규정에 따라 서면 증거 또는 약식 증거를 사용하였다는 이유로 불이익을 받아서는 아니 된다.³⁷²⁾ 또한 위와 같은 판시는 그 동안 전심재판부가 소환 증인의 구두 증언을 최소화하기 위해 기울여 온 부단한 노력에도 반한다.³⁷³⁾ 전심재판부는 종전 특정한 공소사실을 뒷받침하는 직접증거가 없더라도 간접증거만으로도 그 공소사실을 확인할 수 있고,³⁷⁴⁾ 검사가 공소사실확인을 위해 필요한 정도를 넘어서는 증거를 제출할 필요는 없다고 명시하였다.³⁷⁵⁾ 전심재판부가 증거가치에 대해 확정적으로 판단하여야 한다는 견해는 오히려 재판전공소사실확인절차에 지나치게 과다한 증거가 제출되고 이에 수반된 증거개시절차, 증인 보호조치 등 후속절차가 재판을 더욱 번잡하게 만들어 심리를 불필요하게 지연시킬 수 있다.³⁷⁶⁾

로마규정 초안자들은 재판전공소사실확인절차에서만 아니라 공판절차에서도 엄격하고 기술적인 증거법칙 대신 유연한 증거평가 방식을 취하고 특정한 증거법칙에 대해서는 의도적으로 명문화하지 않았다. 절차및증거규칙에서도 재판부가 형식적인 증거법칙에 구애됨이 없이 제출

371) *Ibid.*

372) Banda and Jerbo Confirmation Decision, para.41.

373) 재판실무제요에서도 증인 소환을 예외로 규정하여 전심재판부의 허가를 요하도록 하였다. 허가를 받으려면 당사자는 증인이 진술서나 그 밖의 서면 증거로는 대체할 수 없음을 충분히 입증하여야 한다; ICC, Chambers Practice Manual (May 2017), p.14.

374) Bemba Confirmation Decision, para.54.

375) Banda and Jerbo Confirmation Decision, para.40; Mbarushimana Appeal Judgement, para.47.

376) *Gbagbo* Adjournment Decision, Dissenting opinion of Judge Silvia Fernández de Gurmendi, ICC-02/11-01/11-432-Anx, 3 June 2013, para.24-28.

된 모든 증거를 자유로이 판단할 수 있다고 규정하고 있고, 재판소 관할 범위를 증명하기 위해 보강증거가 필요하다는 법률적 요건을 부과하는 것을 금지하고 있다(절차및증거규칙 제63조 제2항, 제4항).³⁷⁷⁾ 그렇다면 특히나 공판절차에 앞서 진행되는 재판전공소사실확인절차에서의 증거가치 판단은 그 제한된 심리범위와 입증기준상, 그리고 무죄추정의 원칙의 실질적인 구현을 위하여 공판절차보다 훨씬 유연하고 제한적으로 운영되어야 할 것이다. 설령 공판절차에서 피의자에게 유죄가 선고될 정도로 충분한 증거가 있다고 보여지지 않더라도 증거의 신용성에 대한 의심과 비밀관성은 공판절차에서 증인신문을 통해 해결되는 것이 적절하므로, 이러한 사건도 공판절차에 회부할 가치는 충분하다.

6. 공소사실 수정을 위한 심리연기의 예외규정 신설

로마규정에서는 공소사실의 작성 및 수정에 관한 권한이 전적으로 검사에게 있다고 규정하고 있다. 우선 체포영장은 검사의 요청이 있어야만 수정할 수 있다(로마규정 제58조 제6항). 그리고 공소사실이 확인된 후 재판이 시작되기 전에는 검사가 전심재판부의 허가를 받아 공소사실을 수정할 수 있고, 재판이 시작된 후에는 검사만이 1심재판부의 허가를 얻어 공소사실을 철회할 수 있다(로마규정 제61조 제9항). 무엇보다 판결은 공소사실 및 변경된 공소사실에 기재된 사실과 정황을 초과하여서는 안되므로(로마규정 제74조 제2항), 1심재판부는 공소사실과 다른 사실관계를 인정할 수 없다. 로마규정 협상과정을 돌이켜 보더라도, 1994년 ILC 초안에서부터 당사자주의의 영향으로 검사에게 공소제기에 관한 독점적인 권한을 인정하였고, 검사의 신청이 있어야만 소장단이 공소장을

377) *Ibid.*, para.24.

변경할 수 있다고 규정하였다(1994년 ILC 초안 제27조 제4항). 그리고 이후 검사의 공소권 행사에 대한 감독적 역할을 수행할 사법적 기관을 모색하는 과정에서 재판부 직권으로 공소사실이나 그 법적 구성을 변경할 권한을 가진 '수사재판부(investigating chamber)'를 설치하자는 프랑스의 제안에 대해, 많은 대표단들이 이는 검사의 수사 및 공소제기에 대한 과도한 사법적 간섭이고 검사의 독립성을 해한다는 이유로 반대하였다. 그 결과 설립준비위원회와 로마회의에 제출된 초안 중 전심재판부가 직권으로 공소사실을 수정할 수 있도록 한 규정안도 있었지만,³⁷⁸⁾ 결과적으로 최종 채택된 로마규정 제61조 제7항 (c)에서는 전심재판부에게 공소사실확인이나 거절, 그리고 검사에 대한 공소사실 수정 고려 요청이라는 세 가지의 가능성만 열어두었다.

이러한 점에서 '검사가 제시한 사실관계에 대한 법적 구성은 재판부가 한다'는 Bemba 사건의 판시내용에는 수긍할 수 없다. 이는 앞서 살펴본 전심재판부의 도입 배경이나 명문의 규정에 반하는 해석이고, 위 결정에서 근거로 내세운 '재판의 공정성과 효율성'이라는 이념에도 부합하지 않는다. 공소사실의 성격, 근거 및 내용에 대하여 상세하게 통지받고 방어준비를 위하여 적절한 시간과 편의를 받을 피고인의 권리(로마규정 제67조 제1항 (a), (b))를 침해하고, 1심재판부가 아무런 제한 없이 공판절차에 이르러 공소사실을 변경할 수 있도록 하는 것은 재판전공소사실확인절차의 취지를 몰각시키기 때문이다.³⁷⁹⁾

Lubanga 사건의 판시내용도 설득력이 크게 없다. ① 검사와 피의자가 재판전공소사실확인 심리에서 'Ituri 지역에서의 무력 충돌의 법적 성

378) Zutphen 초안 제51조 제2항의3 (b), 제58조 내지 제61조에 관한 추가 제안 제61조 제6항 (c)(ii) 참고.

379) War Crimes Research Office, "Defining the Case Against an Accused Before the International Criminal Court: Whose Responsibility is it?", *International Criminal Court Legal Analysis and Education Project* (2009), p.47.

격'에 관하여 의견을 제시한 것은 사실이지만, ② 소송관계인들이 '국제적 성격의 무력 충돌 중의 범죄 구성요건'에 관하여 의견을 제시할 기회를 부여받았다는 점에 관하여는 아무런 증거가 없다.³⁸⁰⁾ 또한 로마규정 제61조 제7항 (c)(ii)에서는 문언상 '다른 관할범죄(different crimes)'에 해당할 경우 심리를 연기하고 검사에게 공소사실 수정을 고려하도록 요청하는 것 외에 다른 가능성을 상정하지 않고 있으므로, 검사가 기소한 공소사실과 전심재판부에 의해 확인된 공소사실이 '유사(similar)'하기는 하나 '동일(identical)'하지 않는 이상 '다르다(different)'고밖에 볼 수 없는 경우에는 검사에게 공소사실 수정을 고려하도록 요청하는 것이 위 법 문언에 부합한다.³⁸¹⁾

따라서 로마규정의 개정이 이루어지지 않는 한, 전심재판부는 심리를 연기하고 검사에게 공소사실 수정을 고려하도록 요청함이 바람직하다.³⁸²⁾ 다만 전심재판부가 매번 심리를 장기간 연기하고 검사에게 공소사실 수정을 요청하는 것은 로마규정 제67조 제1항 (c) 소정의 부당한

380) J. C. Ochoa, "The ICC's Pre-Trial Chamber I Confirmation of Charges Decision in the Case of Prosecutor v. Thoma Lubanga Dyilo: Between Application and Development of International Criminal Law", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol.16 (2008), pp.56-58.

381) M. Miraglia, *supra* note 161, pp.502-503.

382) 이에 대해 '법률은 법원이 안다(*iura novit cura*)'는 원칙에 기초한 재판소규칙 제55조는 재판전공소사실확인절차에도 당연히 준용되므로, 피의자에게 공소사실 변경에 대해 적절히 통지하고 방어준비에 충분한 시간을 준다면 전심재판부 직권으로 공소사실의 법적 구성을 변경할 수 있다는 견해도 있다; K. Ambos, "Critical Issues in the Bemba Confirmation Decision", *Leiden Journal of International Law*, vol.22. (2009), pp.724-725. 그러나 재판소규칙 제55조 제2항, 제3항을 공판절차 중간에라도 피의자의 방어권만 보장된다면 얼마든지 공소사실의 법적 구성을 변경해도 된다는 취지로 해석하는 것은 로마규정의 다른 규정, 예컨대 제74조 제2항, 제61조 제9항 등의 내용에 반한다. 로마규정을 조화롭게 해석하기 위해서는 재판소규칙 제55조의 내용을 다른 구성요건을 포함하는 새로운 공소사실을 추가하는 것은 금지되고 다만 축소사실, 즉 공통된 구성요건을 갖고 공소사실 수정 전과 동일하거나 그보다 경하게 처벌되는 경우에만 해당 범죄에 대해 유죄판결을 할 수 있다는 취지로 보아야 한다; War Crimes Research Office, "The Confirmation of Charges Process at the International Criminal Court", *International Criminal Court Legal Analysis and Education Project* (2008), pp.73-75.

지체(undue delay)를 야기할 우려가 있다. 그러므로 공소사실의 기본적인 사실관계와 동일성이 인정되고 피의자에게 충분한 방어준비기회가 부여된 경우, 사안이 비교적 단순하고 기일을 연기하는 것이 오히려 피의자에게 불이익하다고 판단되는 경우, 해당 쟁점에 관한 공방이 심리과정에서 활발하게 이루어져 공소사실의 변경을 당사자들도 예측할 수 있을 경우 등에는 검사와 피의자의 의견을 들어 심리 연기 없이 검사로 하여금 공소사실 수정을 고려하도록 요청하는 예외 규정을 절차및증거규칙에 신설할 필요가 있다. 로마규정 제61조 제7항 (c)(ii)에서 공소사실의 수정요청을 함에 있어 심리를 연기하도록 한 것은 검사와 피의자에게 다툼의 기회를 주어 공소사실의 변경이 당사자가 예측하지 못한 불의타가 되지 않도록 하려는 취지이므로 양 당사자에게 다툼의 기회가 충분히 보장되었거나 이들이 심리를 연기하지 않는 것에 특별히 이의를 제기하지 않는 경우에는 심리를 연기하지 않아도 무방할 것이다. 그리고 이러한 예외적인 경우에 해당하지 않는 경우라도 전심재판부는 심리 연기의 기한을 최소한으로 하고 그 기한을 엄격하게 준수하도록 하여야만 심리의 촉진을 도모할 수 있을 것으로 보인다.

지금까지 살핀 바에 의하면, ICC는 내부 회의와 외부 전문가들의 연구결과를 바탕으로 재판의 신속성과 효율성 증진을 위한 논의를 계속하고 있고 최근에는 재판실무제도의 제정을 통해 새로운 전환점을 모색하는 등 심리 지연 문제를 해결하기 위해 부단한 노력을 기울이고 있지만, 그 효과가 결과로 드러나지 않고 있다. 이에 본 장에서는 공소사실확인 심리의 장기화와 비효율의 문제를 근본적으로 개선하기 위해 전심재판부의 현재 운영방향과 반대로 전심재판부의 심리범위를 대폭 축소하고 절차를 간이화할 것을 제안하였다. 그리고 구체적인 방안으로는 서면심리 방식을 적극 활용하고, 세부적인 심리기한을 규정하여 전체 심리기간

을 제한하며, 증거개시절차와 증거가치 판단, 공소사실 수정을 위한 심리 연기에 있어 전심재판부의 권한 범위를 대폭 축소시킬 것을 제시하였다. 이를 통해 재판전공소사실확인절차의 도입취지와 목적을 달성하고 궁극적으로는 ICC 전체 재판절차의 소요기간을 단축함으로써 피의자(피고인)의 권리를 실효적으로 보호하고 ICC의 인력과 비용을 절감하는 데 이바지할 것으로 기대된다.

제6장 결 론

ICC는 국제법 역사상 최초로 개인의 행위를 국제범죄로 처벌하기 위한 조직과 절차를 구비한 상설 국제형사법원으로서 국제법의 발전에 있어 매우 중요한 의미를 갖는다. 나아가 ICC를 설립하기 위한 로마규정은 이러한 국제법적 의미 외에도 로마규정이 채택되기까지 여러 정부 대표들과 NGO들이 각국의 형법과 형사소송법의 이론과 제도, 사법 경험을 참고하여 국제범죄 피해자의 보호와 책임자 처벌이라는 국제인도법의 정신과 피의자, 피고인의 인권 보호라는 국제인권법의 정신을 조화롭게 구현하기 위해 노력한 결과물이라는 점에서 절차법적 의미가 크다.

재판전공소사실확인절차 역시 이러한 부단한 고민과 노력 끝에 탄생한 전세계적으로 유례가 없는 ICC 고유의 제도이다. 물론 ICC 설립 이전의 국제형사법원, 즉 IMTN, IMTFE, ICTY, ICTR에도 검사의 공소권 행사를 감독·통제하는 절차는 있었다. 그러나 위 재판소들은 설립 목적과 관할권의 범위가 매우 한정되어 있어 검사의 공소권 행사를 엄격히 통제하여야 할 필요가 없었고, 따라서 검사가 제출한 공소사실과 유죄입증자료만을 기초로 서면심리 방식으로 진행되는 위 재판소들의 공소장 심사절차는 거의 형식적으로만 운용되었다. ICC 설립 이후 등장한 SCSL, STL 등 혼합재판소 역시 크게 다르지 않았다.

초기 로마규정을 심의하는 과정에서 논의된 ICC의 공소권 통제 제도의 모습도 위와 같은 종래 공소장 심사절차와 차이가 없었다. 그러나 이후 공소제기와 관련한 안보리의 권한을 축소하고 검사의 독자적인 수사권과 공소권을 인정하여야 한다는 데 광범위한 합의가 이루어지면서 이를 반대한 미국 측 제안에 따라 검사에 대한 사법적 통제의 일환으로

전심재판부와 전심재판부가 관장하는 재판전공소사실확인절차에 대한 논의가 급부상하게 되었다.

이러한 논의 끝에 탄생한 재판전공소사실확인절차는 공판절차에 들어가기 앞서 전심재판부가 검사와 피의자의 출석하에 피의자가 기소대상인 범죄를 범하였다고 믿을 만한 상당한 근거를 형성하는 충분한 증거가 있는지 여부를 판단하여 피의자를 공판절차에 회부할 것인지 여부를 결정하는 제도이다. 이를 통해 검사의 공소권 남용을 감독·통제하고, 무엇보다 국내재판에 비해 시간과 비용이 지나치게 많이 소요되는 국제재판에서 충분한 범죄혐의 없이 기소된 피의자를 조기에 재판에서 해방시키며, 공소사실 특정, 절차적 문제 판단 등 공판절차 준비 기능을 수행함으로써 전체 재판절차가 신속하고 효율적으로 진행될 수 있도록 한다.

그러나 실제 운용 과정에서는 전심재판부가 공소사실확인을 위한 심리에 지나치게 치중하여 오히려 ICC가 현실적으로 필요로 하는 신속성과 효율성에는 상당한 장애가 초래되고 있다. 평균적으로 피의자의 최초출석 후 공소사실확인결정이 내려지기까지 약 1년 이상이 소요되고, 그로부터 공판절차가 실제 개시되기까지도 약 1년이 더 소요된다. 뿐만 아니라, 수사절차와 공판절차 사이에서 가교적 역할을 제대로 수행하지 못해 공판절차에 이르러 또다시 공판준비를 하여야 하는 경우도 빈번하게 발생하고 있다.

이러한 현실을 더욱 고착시키는 주된 문제점은 전심재판부가 당초 기대되었던 ‘문지기(gatekeeper)’로서의 감독적 역할에 그치지 않고 심리에 적극적으로 개입하여 심리범위를 확대하고 있는 것에 있다. 그러나 이는 재판전공소사실확인절차의 도입취지에 반하고 로마규정 명문의 규정에도 반한다. 구체적인 사례로 살펴보면, 전심재판부는 로마규정 제61조 제6항 (c) 소정의 피의자의 증거제출권에 반하여 증거개시절차에서 당사

자 사이에 개시된 모든 증거를 전심재판부에 전달되도록 하고 있다. 또한 전심재판부는 어디까지나 공판전절차에 불과한 재판전공소사실확인절차에서 검사에 대하여 수사가 완전히 종결되어 공판절차에 즉시 회부하여도 무방할 정도로 완비된 증거기록을 제출하도록 독려하고 심지어 이를 검사의 법률상 의무로까지 보기도 한다. 나아가 공소장 작성 및 변경의 주체는 검사임에도 전심재판부 직권으로 공소사실의 법적 구성을 변경하여 검사의 공소제기에 적극적으로 관여하기도 하며, 심리가 종결된 이후에도 방대한 결정이유를 작성하느라 상당한 시간을 소요하고 있다.

이에 전심재판부는 2015. 9.경 『전심재판실무제요(Pre-Trial Practice Manual)』를 제정·공개하는 등 재판의 장기화, 비효율 문제를 해결하기 위해 많은 노력을 기울여 왔다. 그러나 그 근본적인 원인인 전심재판부의 심리방식을 개선하지 않고서는 쉽게 문제가 해결되지 않을 것으로 보인다.

본 논문에서는 재판전공소사실확인절차 본연의 취지를 살려 그 기능이 제대로 발휘되도록 운영하기 위해서는 위 제도가 허용하는 심리 목적과 범위 내로 심리를 축소하고 간이화할 것을 제안하였다. 재판전공소사실확인절차는 ‘부당하고 전적으로 근거 없는(wrongful and wholly unfounded)’ 공소사실로부터 피의자의 권리를 보호하기 위해 고안된 절차이다. 그렇기 때문에 전심재판부는 공소사실확인 심리에서 피의자의 유무죄 판단에 대해 심리해서는 안되는 것은 물론, 제출된 증거가 향후 ‘피고인에게 유죄를 선고하기에 충분한지’ 여부를 판단하려 해서도 안된다. 피의자의 범죄혐의의 존재에 대해 다소 의심스러운 점이 있더라도 검사의 공소제기가 완전히 부당한 것이 아니라면, 일단 공판절차에 회부하여 1심재판부의 판단을 받도록 하여야 한다. 지금과 같이 공소사실확인에 위한 심리에 지나친 무게가 실리게 되면, 재판전공소사실확인절차

가 사실상 공판절차와 다름없이 운용될 우려가 크고 이는 무죄추정의 원칙에 반한다. 재판전공소사실확인절차는 피고인의 유무죄를 미리 예측해보는 '간이재판(mini-trial)'이나 '재판 전 재판(trial before the trial)'으로 변질되어서는 절대로 안된다.

구체적인 개선방안으로는 우선 피의자가 공소사실에 대해 다투지 않거나 공소사실을 뒷받침하는 증거의 부족, 법적 구성의 흠결이 명백한 경우 또는 이미 관련사건이 진행된 바 있어 전심재판부가 사건을 충분히 파악하고 있는 경우 등에는 구두심리기일을 지정하는 대신 서면심리 방식을 적극적으로 활용하여야 한다. 나아가 피의자의 최초출석일로부터 적어도 180일 이내에 심리를 종결하는 규정을 신설하여야 한다. 여기에 부수하여 검사는 공판절차를 개시하기엔 부족하더라도 범죄혐의의 소명에 충분한 증거가 확보되면 그 즉시 신속하게 공소를 제기하여 피의자의 최초출석 후 30일 이내에 DCC를 제출하고, 이에 대해 피의자가 답변서를 제출하면 그로부터 30일 이내에 심리기일을 진행하여 30일 이내에 결정을 내리도록 하는 상세한 규정도 뒷받침되어야 한다. 나아가 전심재판부의 증거가치 판단도 그 제한된 심리범위와 입증기준상, 그리고 무죄추정의 원칙의 실질적인 구현을 위하여 공판절차에 비해 훨씬 제한적이고 유연하게 이루어져야 한다. 그리고 공소사실을 수정함에 있어 전심재판부 직권에 의할 것이 아니라 명문의 규정에 따라 반드시 검사에게 공소사실 수정을 고려하도록 요청하되, 일정한 경우 검사와 피의자의 의견을 들어 심리 연기를 생략할 수 있는 예외 규정을 신설할 필요가 있다.

ICC는 실제 출범한지 이제 15년 남짓밖에 지나지 않아 다양한 쟁점에 대한 결정례의 형성과 축적이 충분히 이루어지지 못하였다. 더군다나 재판전공소사실확인절차와 공판절차의 관계에 대한 연구에 있어서는 현재 공판절차가 종결된 사건보다 공판절차가 진행 중인 사건들이 더 많아

향후 결과를 계속 지켜볼 필요가 있다. 나아가 실무에서 실제 사건을 수사, 재판하는 과정에서는 재판부나 검찰, 사무국의 의지와 무관하게 현실적으로 빚어지는 여러 장애 요소들이 재판전공소사실확인절차의 적절한 운용의 한계로 작용할 수도 있을 것이다. 따라서 이러한 문제에 대해서는 ICC의 실무자들은 물론 외부 학자들의 연구와 고민, 토론이 지속되어야 한다. 그래야만 실체적 진실발견의 이념과 피의자, 피고인의 인권 보호의 이념이 ICC의 형사사법절차 내에서 신속하고 효율적으로 실현될 수 있고, 그때 비로소 ICC는 국제사회의 신뢰를 얻고 ICC의 권위와 존립을 지켜갈 수 있을 것이기 때문이다.

- 참 고 문 헌 -

I. 국내문헌

1. 단행본

김영석, 국제형사재판소법강의 (법문사, 2014)

대법원, 바람직한 형사사법시스템의 모색 결과보고서(I) - 미국·영국의 형사사법시스템 (법원행정처, 2004)

대법원, 바람직한 형사사법시스템의 모색 결과보고서(II) - 독일·프랑스·일본의 형사사법시스템 (법원행정처, 2004),

사법연수원, 수사절차론 (사법연수원, 2010)

——, 미국 형사법 (사법연수원, 2010)

서철원, 미국 형사소송법 (법원사, 2005)

송영승, "구 유고국제형사재판소의 공판중심주의", 법원행정처, 국제규범의 현황과 전망 : 2014년 국제규범연구반 연구보고 및 국제회의 참가보고 (2016)

백기봉, 국제형사증거법 (박영사, 2008)

윤지영, 재판전 단계에서의 국민참여방안에 관한 연구 (한국형사정책연구원, 2011)

이재웅, "미국의 구속제도", 한국형사법연구회, 구속제도와 영장향고 (법문사, 2007)

장영진, 하혜경, 미국법강의 (세창출판사, 2008)

주승희, 당사자주의와 직권주의 소송구조 비교 연구 (한국형사정책
연구원, 2006)

K. Volk(김환수, 문성도, 박노섭 譯), 독일형사소송법 (박영사, 2009)

황허이(백은영 譯), 도쿄 대재판 (예담, 1999)

2. 논문

권순민, "소송구조와 합리적인 형사소송의 방향", 비교형사법연구,
Vol.10, No.1 (2008)

권영범, "국제법상 증거배제법칙에 관한 고찰", 법조, Vol.647 (2010)

권오곤, "국제 형사재판과 한국 형사재판의 비교법적 고찰", 인권과
정의, Vol.359 (2006)

박병도, "국제형사절차에 있어서 적법절차: 국제형사재판소규정을
중심으로", 국제법학회논총, Vol.55, No.1 (2010)

박세현, "미국의 기소배심 실무연구", 해외연수검사연구논문집, Vol.24,
No.1 (2008)

박재억, "프랑스 예심제도 실무", 대검찰청 홈페이지 검찰자료 - 연
구자료 게시판 (2007)

백기봉, "국제형사재판소(ICC)의 공소사실확인(Confirmation)제도의
이해", 「국제형사재판의 현황과 전망」, 한양대학교 BK21
국제소송법제 및 국제중재법제 연구사업팀 2009년도 학술
세미나 자료집 (2009)

- , "국제형사재판소(ICC)의 형사절차제도상의 한계에 관한 검토",
서울국제법연구, Vol.16, No.2 (2009)
- 서창희, "Grand Jury 및 Immunity를 이용한 수사-미국법상 비협조
적 참고인에 대하여 진술을 강제하는 방법", 해외연수검사
연구논문집, Vol.11 (1995)
- 성선제, "미국의 형사배심제도", 미국헌법연구, Vol.14 (2003)
- 이운제, "국제형사재판소의 재판전공소사실확인 제도", 아주법학, Vol.6,
No.2 (2012)
- , "국제형사재판소 루방가 사건과 검사의 증거개시의무", 형사정
책연구, Vol.22, No.4 (2011)
- 이승현, "참여재판제도와 공판전준비절차", 한국형사정책연구원 (2006)
- 이장희, "도쿄국제군사재판과 뉘른베르크 국제군사재판에 대한 국제
법적 비교 연구", 동북아역사논총, Vol.25 (2009)
- 이진한, "프랑스 수사판사제도에 관한 고찰", 해외연수검사연구논문집,
Vol.15 (1999)
- 이태엽, "국제형사재판에 있어 재판의 공정성에 관한 연구", 법조,
Vol.56, No.1 (2007)
- 장석영, 조정현, "국제형사법원의 변화 추세와 전망", 경희법학, Vol.50,
No.3 (2015)
- 최태현, "국제형사재판소 설립에 따른 주요 법적 쟁점", 서울국제법
연구, Vol.3, No.2 (1996)
- 한생일, "독일 검찰청 조직과 검찰공무원의 역할", 형사법의 신동향,
Vol.22 (2009)

한인섭, "형사재판에서 배심제의 도입", 형사정책, Vol.14, No.2
(2002)

한제희, "프랑스 검사의 지위와 기능 - 최근 동향을 중심으로", 대
검찰청 홈페이지 검찰자료 - 연구자료 게시판 (2016)

II. 국외문헌

1. 단행본

Bassiouni M. C., *Introduction to International Criminal Law*, 2nd ed.
(Martinus Nijhoff Publishers, 2013)

Bergsmo M. & Hargoff F., "Article 42: The Office of the
Prosecutor" in Triffterer O.(ed.), *Commentary on the Rome
Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes,
Article-by-Article*, 2nd ed. (C.H. Beck.Hart.Nomos, 2008)

Boas G., Bischoff J., Reid N., Taylor B. D., *International Criminal
Procedure* (Cambridge University Press, 2011)

Bolister N. & Cryer R., *The Tokyo International Military Tribunal :
A Reappraisal* (Oxford University Press, 2008)

Cassese A., *International Criminal Law* (Oxford University Press, 2013)

Cassese A., "Statement by the President made at a Briefing to
Members of Diplomatic Missions, 11 February 1994" in
Morris V. & Scharf M. P.(ed.), *An Insider's Guide to the*

International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia,
Vol.2 (Transnational Publishers, 1995)

Fourmy O., "Powers of the Pre-Trial Chambers" in Cassese A.(ed.),
*The Rome Statute Of The International Criminal Court: A
Commentary*, Vol.I (Oxford University Press, 2002)

Friman H., "Trial Procedures - With a Particular Focus on the
Relationship between the Proceedings of the Pre-Trial and
Trial Chambers" in Stahn C., *The Law and Practice of the
International Criminal Court* (Oxford University Press, 2015)

Guariglia F., "Article 56" in Triffterer O.(ed.), *Commentary on the
Rome Statute of the International Criminal Court: Observers'
Notes, Article-by-Article*, 2nd ed. (C.H. Beck.Hart.Nomos, 2008)

Khan K. A. A., "Article 34: Organs of the Court" in O.
Triffterer(ed.), *Commentary on the Rome Statute of the
International Criminal Court: Observers' Notes,
Article-by-Article*, 2nd ed. (C.H. Beck.Hart.Nomos, 2008)

Kirsch P. & D. Robinson, "Reaching Agreement at the Rome
Conference" in Cassese A.(ed.), *The Rome Statute Of The
International Criminal Court: A Commentary*, Vol.I (Oxford
University Press, 2002)

Kuczyńska H., *The Accusation Model Before the International
Criminal Court: Study of Convergence of Criminal Justice
Systems* (Springer, 2015)

Marchesiello M., "Proceedings before the Pre-Trial Chambers" in
Cassese A.(ed.), *The Rome Statute Of The International*

Criminal Court: A Commentary, Vol.I (Oxford University Press, 2002)

Pikis G. M., *The Rome Statute for the International Criminal Court* (Martinus Nijhoff Publishers, 2009)

Schabas W. A., *International Criminal Court*, 4th ed. (Cambridge University Press, 2011)

Schabas W. A., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute* (Oxford University Press, 2010)

Shihabara K. & Schabas W. A., "Article 61: Confirmation of the Charges before Trial" in O. Triffterer(ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article-by-Article*, 2nd ed. (C.H. Beck.Hart.Nomos, 2008)

Sluiter G. *et al.*, *International Criminal Procedure: Principles and Rules* (Oxford University Press, 2013)

2. 논문

Ambos K. & Miller D., "Structure and Function of the Confirmation Procedure before the ICC from a Comparative Perspective", *International Criminal Law Review*, Vol.7 (2007)

Ambos K., "Critical Issues in the Bemba Confirmation Decision", *Leiden Journal of International Law*, Vol.22. (2009)

Borgwardt E. S., "Ideology and International Law: The Dissent of

- the Indian Justice at the Tokyo War Criminals Trial", *International Law and Politics*, Vol.23 (1991)
- Courtney J. & Kaoutzanis C., "Proactive Gatekeepers: The Jurisprudence of the ICC's Pre-Trial Chambers", *Chicago Journal of International Law*, Vol.15 (2015)
- De Beco G., "The Confirmation of Charges before the International Criminal Court: Evaluation and First Application", *International Criminal Law Review*, Vol.7 (2007)
- Fairlie M. A., "The Marriage of Common and Continental law at the ICTY and its Progeny, Due Process Deficit", *International Criminal Law Review*, Vol.4 (2004)
- Goldsmith J., "The Self-Defeating International Criminal Court", *University of Chicago Law Review*, Vol.70, No.1 (2003)
- Hemptinne J., "The Creation of Investigating Chambers at International Criminal Court: An Option Worth Pursuing?", *Journal of International Criminal Justice*, Vol.5 (2007)
- Kissinger H., "The Pitfalls of Universal Jurisdiction", *Foreign Affairs*, Vol.80 (2001)
- Kreß C., "The Procedural Law of the International Criminal Court in Outline: Anatomy of a Unique Compromise", *Journal of International Criminal Justice*, Vol.3 (2003)
- Linsay V. C., "A Review of International Criminal Court Proceedings under Part V of the Rome Statute (Investigation and Prosecution) and Proposals for Amendments", *Revue Québécoise de Droit International* (2010)

- McGonigle B., "Bridging the Divides in International Criminal Proceedings: An Examination into the Victim Participation Endeavour of the International Criminal Court", *Florida Journal of International Law*, Vol.21 (2009)
- Miraglia M., "The First Decision of the ICC Pre-Trial Chamber", *Journal of International Criminal Justice*, Vol.4 (2006)
- Nerlich V., "The Confirmation of Charges Procedure at the International Criminal Court: Advance or Failure?", *Journal of International Criminal Justice*, Vol.13 (2012)
- Scheffer D., "The United States and the International Criminal Court", *The American Journal of International Law*, Vol.93, No.1 (1999)
- Scheffer D., "A Review of the Experiences of the Pre-Trial and Appeals Chambers of the International Criminal Court Regarding the Disclosure of Evidence", *Leiden Journal of International Law*, Vol.21 (2008)
- Stahn C., H. Olásolo & K. Gibson, "Participation of Victims in Pre-Trial Proceedings of the ICC", *Journal of International Criminal Justice*, Vol.4 (2006)
- Ochoa J. C., "The ICC's Pre-Trial Chamber I Confirmation of Charges Decision in the Case of Prosecutor v. Thoma Lubanga Dyilo: Between Application and Development of International Criminal Law", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol.16 (2008)

III. 보고서 및 기타 자료

ICC, "Establishment of a study group on governance", Resolution ICC-ASP/9/RES.2 (10 December 2010)

ICC Working Group on Lessons Learnt, "Progress Report on Cluster B: 'Pre-Trial and Trial Relationship and Common Issues'" (8 April 2014)

ICC Working Group on Lessons Learnt, "Report of the Bureau on Study Group on Governance, Annex II: Report of the Working Group on Lessons Learnt to the Study Group on Governance Cluster I: Expediting the Criminal Process Progress Report on Cluster B: 'Pre-Trial and Trial Relationship and Common Issues'", ICC-ASP/13/28 (28 November 2014)

ICC, "Report of the Working Group on Lessons Learnt to the Study Group on Governance, Cluster I: Expediting the Criminal Process, Progress Report on Clusters A, B, C and E" (30 September 2015)

ICC, Chambers Practice Manual (May 2017)

ICC Office of Prosecutor, "Strategic Plan: 2012-2015" (11 October 2013)

ICC Office of Prosecutor, "Strategic Plan: 2016-2018" (6 July 2015)

G. Mettraux, *et al.*, "Expert Initiative On Promoting Effectiveness At The International Criminal Court" (December 2014)

War Crimes Research Office, "The Confirmation of Charges Process at the International Criminal Court", International Criminal Court Legal Analysis and Education Project (2008)

War Crimes Research Office, "Defining the Case Against an Accused Before the International Criminal Court: Whose Responsibility

is it?", International Criminal Court Legal Analysis and Education Project (2009)

War Crimes Research Office, "The Confirmation of Charges Process at the International Criminal Court: A Critical Assessment and Recommendations for Change", International Criminal Court Legal Analysis and Education Project (2015)

UN Interregional Crime and Justice Research Institute, ICTY Manual on Developed Practices (2008)

ICTY, "Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia", <<http://www.icty.org/en/press/final-report-prosecutor-committee-established-review-nato-bombing-campaign-against-federal>> (2017. 6. 15. 최종 방문)

중앙일보, "'지연된 정의는 부인된 정의'... 판결 앞당길 것" (2014. 12. 10)
<https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/cases/Pages/cases%20index.aspx> (2017. 6. 15. 최종 방문)

<<https://www.icc-cpi.int/Pages/Preliminary-Examinations.aspx>> (2017. 6. 15. 최종 방문)

IV. 관련 판례

1. ICC 결정

Lubanga Case

"Decision on the Final System of Disclosure and the Establishment of a Timetable", ICC-01/04-01/06-102, 15 May 2006, Pre-Trial

Chamber I

"Decision Establishing General Principles Governing Applications to Restrict Disclosure pursuant to Rule 81(2) and (4) of the Rules of Procedure and Evidence", ICC-01/04-01/06-108-Corr, 19 May 2006, Pre-Trial Chamber I

"Decision on the Prosecution practice to provide to the Defence redacted versions of evidence and materials without authorisation by the Chamber", ICC-01/04-01/06-355, 25 August 2006, Pre-Trial Chamber I

"Decision on the Arrangements for Participation of Victims a/0001/06, a/0002/06 and a/0003/06 at the Confirmation Hearing", ICC-01/04-01/06-462-tEN, 22 September 2006, Pre-Trial Chamber I

"Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled 'Decision Establishing General Principles Governing Applications to Restrict Disclosure pursuant to Rule 81(2) and (4) of the Rules of Procedure and Evidence'", ICC-01/04-01/06-568, 13 October 2006, Appeals Chamber

Transcript, ICC-01/04-01/06-T-32, 10 November 2006, Pre-Trial Chamber I

"Prosecution's Document Addressing Matters that were Discussed at the Confirmation Hearing", ICC-01/04-01/06-749, 4 December 2006, Office of the Prosecutor

"Judgement on the appeal of Thomas Lubanga Dyilo against the decision of PTC I entitled 'First Decision on the Prosecution Requests and Amended requests for redactions under Rule 81'", 14 December 2006, ICC-01/04-01/06-773, Appeals Chamber

"Decision on the confirmation of charges", ICC-01/04-01/06-803-tEN, 29

January 2007, Pre-Trial Chamber I

"Decision on the Prosecution and Defence applications for leave to appeal the Decision on the confirmation of charges", ICC-01/04-01/06-915, 24 May 2007, Pre-Trial Chamber I

"Decision Regarding the Timing and Manner of Disclosure and the Date of Trial", ICC-01/04-01/06-1019, 9 November 2007, Trial Chamber I

"Decision on the status before the Trial Chamber of the evidence heard by the Pre-Trial Chamber and the decisions of the Pre-Trial Chamber in trial proceedings, and the manner in which evidence shall be submitted", ICC-01/04-01/06-1084, 13 December 2007, Trial Chamber I

"Judgment on the appeals of Mr Lubanga Dyilo and the Prosecutor against the Decision of Trial Chamber I of 14 July 2009 entitled 'Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterisation of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court'", ICC-01/04-01/06 OA15 OA16, 8 December 2009, Appeals Chamber

"Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", ICC-01/04-01/06-2842, 14 March 2012, Trial Chamber I

"Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute", ICC-01/04-01/06-2901, 10 July 2012, Trial Chamber I

Katanga et al. Case

"Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case",

ICC-01/04-01/07-474, 13 May 2008, Pre-Trial Chamber I

"Decision on the confirmation of charges", ICC-01/04-01/07-717, 30 September 2008, Pre-Trial Chamber I

"Reasons for the Oral Decision on the Motion Challenging the Admissibility of the Case(Article 19 of the Statute)", ICC-01/04-01/07-1213-tENG, 16 June 2009, Trial Chamber II

"Decision on the Implementation of Regulation 55 of the Court and Severing the Charges Against the Accused Persons", ICC-01/04-01/07-3319-tENG/FRA, 2 November 2012, Trial Chamber II

"Judgment pursuant to article 74 of the Statute", ICC-01/04-01/07-3436, 7 March 2014, Trial Chamber II

"Decision on Sentence pursuant to article 76 of the Statute", ICC-01/04-01/07-3484, 23 May 2014, Trial Chamber II

Bemba Case

"Decision on the Evidence Disclosure System and Setting a Timetable for Disclosure between the Parties", ICC-01/05-01/08-55, 31 July 2008, Pre-Trial Chamber III

"Fourth Decision on Victims' Participation", ICC-01/05-01/08/320, 12 December 2008, Pre-Trial Chamber III

"Decision Adjourning the Hearing pursuant to Article 61(7)(c)(ii) of the Rome Statute", ICC-01/05-01/08-388, 3 March 2009, Pre-Trial Chamber III

"Prosecution's Submission of Amended Document Containing the Charges, Amended List of Evidence and Amended In-Depth Analysis Chart of Incriminatory Evidence" and its related

Anneses, ICC-01/05-01/08-395, 30 March 2009, Office of the Prosecutor

"Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo", ICC-01/05-01/08-424, 15 June 2009, Pre-Trial Chamber II

"Decision Giving Notice to the Parties And Participant that the Legal Characterisation of the Facts May Be Subject to Change in Accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court", ICC-01/05-01/08-2324, 21 September 2012, Trial Chamber III

"Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber II of 23 January 2015 entitled 'Decision on 'Mr Bemba's Request for provisional release'", ICC-01/05-01/13-970 OA10, 29 May 2015, Appeals Chamber

Abu Garda Case

"Second Decision on issues relating to Disclosure", ICC-02/05-02/09-35, 15 July 2009, Pre-Trial Chamber I

"Decision on the Confirmation of Charges", ICC-02/05-02/09-243-Red, 8 February 2010, Pre-Trial Chamber I

Banda and Jerbo Case

"Corrigendum of the 'Decision on the Confirmation of Charges'", ICC-02/05-03/09-121-Corr-Red, 7 March 2011, Pre-Trial Chamber I

Mbarushimana Case

"Decision on Issues Relating to Disclosure", ICC-01/04-01/10-87, 30 March 2011, Pre-Trial Chamber I

"Decision on the confirmation of charges", ICC-01/04-01/10-465-Red, 16 December 2011, Pre-Trial Chamber I

"Judgement on the appeal of the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 16 December 2011 entitled 'Decision on the confirmation of charges'", ICC-01/04-01/10-514 OA4, 30 May 2012, Appeals Chamber

Ruto et al. Case

"Decision Setting the Regime for Evidence Disclosure and Other Related Matters", ICC-01/09-01/08-11, 6 April 2011, Pre-Trial Chamber II

"Decision on Victims' Participation at the Confirmation of Charges Hearing and in the Related Proceedings", ICC-01/09-01/11-249, 5 August 2011, Pre-Trial Chamber II

"Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute", ICC-01/09-01/11-373, 23 January 2012, Pre-Trial Chamber II

"Prosecution's Submissions on the Law of Indirect Co-Perpetration under Article 25(3)(a) of the Statute and Application for Notice to Be Given Under Regulation 55(2) With Respect to William Samoei Ruto's Individual Criminal Responsibility", ICC-01/01-01/11-433, 3 July 2012, Office of the Prosecutor

Muthaura et al. Case

"Decision Setting the Regime for Evidence Disclosure and Other Related

Matters", ICC-01/09-02/11-48, 6 April 2011, Pre-Trial Chamber I

"Decision on Victims' Participation at the Confirmation of Charges Hearing and in the Related Proceedings", ICC-01/09-02/11-267, 26 August 2011, Pre-Trial Chamber II

"Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute", ICC-01/09-02/11-382-Red, 23 January 2012, Pre-Trial Chamber I

"Prosecution's Submissions on the Law of Indirect Co-Perpetration under Article 25(3)(a) of the Statute and Application for Notice to Be Given under Regulation 55(2) With Respect to the Accused's Individual Criminal Responsibility", ICC-01/09-01/11-444, 3 July 2012, Office of the Prosecutor

"Prosecution notification of withdrawal of the charges against Francis Kirimi Muthaura", ICC-01/09-02/11-687, 11 March 2013, Office of the Prosecutor

Gbagbo Case

"Decision Establishing a Disclosure System and a Calendar for Disclosure", ICC-02/11-01/11-30, 24 January 2012, Pre-Trial Chamber III

"Decision adjourning the hearing on the confirmation of charges pursuant to article 61(7)(c)(i) of the Rome Statute", ICC-02/11-01/11-432, 3 June 2013, Pre-Trial Chamber I

"Prosecution's Submission of Document amendé de notification des charges, l'Inventaire amendé des éléments de preuve à charge, and le Tableau amendé des éléments constitutifs des crimes, and Response to issues raised by Pre-Trial Chamber I",

ICC-02/11-01/11-592, 13 January 2014, Office of the Prosecutor

"Decision on Defence requests related to the continuation of the confirmation proceedings", ICC-02/11-01/11-619, 14 February 2014, Pre-Trial Chamber I

"Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo", ICC-02/11-01/11-656-Red, 12 June 2014, Pre-Trial Chamber I

"Decision Giving Notice Pursuant to Regulation 55(2) of the Regulations of the Court", ICC-02/11-01/15-185, 19 August 2015, Trial Chamber I

"Judgment on the appeal of Mr Laurent Gbagbo against the decision of Trial Chamber I entitled 'Decision giving notice pursuant to Regulation 55(2) of the Regulations of the Court'", ICC-02/11-01/15-369, 18 December 2015, Appeals Chamber

Ntaganda Case

"Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58", ICC-01/04-118-US-Exp-Corr, 10 February 2006, Pre-Trial Chamber I

"Judgement on the Prosecutor's appeal against the Decision of Pre-Trial Chamber I entitled 'Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58', ICC-01/04-169, 13 July 2006, Appeals Chamber

"Decision Setting the Regime for Evidence Disclosure and Other Related Matters", ICC-01/04-02/06-47, 12 April 2013, Pre-Trial Chamber II

"Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda", ICC-01/04-02/06-309, 9 June 2014, Pre-Trial Chamber II

Bemba et al. Case

Transcript, ICC-01/05-01/13-T-1-ENG, 27 November 2013, Pre-Trial Chamber II

"Decision pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute", ICC-01/05-01/13-749, 11 November 2014, Pre-Trial Chamber II

"Judgment on the appeals against Pre-Trial Chamber II's decisions regarding interim release in relation to Aimée Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda, Fidèle Babala Wandu, and Narcisse Arido and order for reclassification", ICC-01/05-01/13-969 OA5, OA6, OA7, OA8, OA9, 29 May 2015, Appeals Chamber

Blé Goudé Case

"Decision Establishing a System for Disclosure of Evidence", ICC-02/11-02/11=57, 14 April 2014, Pre-Trial Chamber I

"Decision on the confirmation of charges against Charles Blé Goudé", ICC-02/11-02/11-186, 11 December 2014, Pre-Trial Chamber I

Ongwen Case

"Decision on the 'Defence Request for the Interim Release of Dominic Ongwen'", ICC-02/04-01/15-349-Red, 27 November 2015, Pre-Trial Chamber II

"Pre-confirmation brief, 21st December 2015", ICC-02/04-01/15-375-Anx C-Red, Office of the Prosecutor

"Decision Setting the Regime for Evidence Disclosure and Other Related Matters", ICC-02/04-01/15-203, 27 February 2015, Pre-Trial

Chamber II

"Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen",
ICC-02/04-01/15-422-Red, 23 March 2016, Pre-Trial Chamber II

Mahdi Case

"Decision on the confirmation of charges against Ahmad Al Faqi Al
Mahdi", ICC-01/12-01/15-84-Red, 24 March 2016, Pre-Trial
Chamber I

Situation on Democratic Republic of the Congo

"Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of
VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6 -
Public Redacted Version", ICC-01/04-101, 17 January 2006,
Pre-Trial Chamber I

"Judgement on the Prosecutor's Application for Extraordinary Review of
Pre-Trial Chamber I's 31 March 2006 Decision Denying
Leave to Appeal", ICC-01/04-168, 13 July 2006, Appeals
Chamber

Situation in Dafur

"Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest
against Omar Hassan Ahmad Al-Bashir", ICC-02/05-01/09-3, 4
March 2009, Pre-Trial Chamber I

Harun et al. Case

"Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the
Statute", ICC-02/05-01/07-1, 1 May 2007, Pre-Trial Chamber I

2. ICTY 결정

Prosecutor v. Kordić et al., "Decision on the Review of the Indictment",
IT-95-14-1, 10 November 1995, Judge Gabrielle Kirk McDonald

Prosecutor v. Milošević et al., "Decision on Review of Indictment and
Application for Consequential Orders", IT-99-37-I, 24 May
1999, Judge David Hunt

Prosecutor v. Milošević, "Decision on Review of Indictment", IT-02-54, 22
November 2001, Judge Richard May

3. ECHR 결정

Soering v. the United Kingdom, Judgement of 7 July 1989, Application
No. 14038/88

Mamatkulov and Askarov v. Turkey, Judgement of 4 February 2005,
Applications Nos. 46827/99 and 46951/99

Chahal v. the United Kingdom, Judgement of 15 November 1996,
Application No. 22141/93

V. 로마 규정 관련 회의 문서

ILC

"Revised Report of the Working Group on the Draft Statute for an
ICC", A/CN.4/L.490, L.490/Add.1 (19 July 1993)

"Report of the International Law Commission on the work of its

forty-fifth session(3 May - 23 July 1993)", Official Records of the General Assembly, Forty-eighth session, Supplement No.10, Vol.II(2) (1993)

"Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session(2 May - 22 July 1994)", Official Records of the General Assembly, Forty-ninth session, Supplement No.10, A/CN.4/SER.A/1994/Add.1(Part 2) (1994)

Ad Hoc Committee

"Comments Received Pursuant to Paragraph 4 of the General Assembly Resolution 49/53 on the Establishment of an ICC", UN Doc. A/AC.244.1 (20 March 1995)

"Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an ICC", UN Doc. A/50/22 (6 September 1995)

Preparatory Committee

"Draft Report of the Preparatory Committee", UN Doc. A/AC.249/L.15 (23 August 1996)

"Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an ICC", UN Doc. A/51/22, Supplement no.22, Vol. I (1996)

"Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an ICC", UN Doc. A/51/22, Supplement no.22, Vol.II (Compilation of Proposals) (1996)

"Working Paper Submitted by France to the Preparatory Committee on the Establishment of an ICC", UN Doc. A/AC.249/L.3

UN Doc. A/CONF.183/C.1/WGPM/L.1

"Working Paper Submitted by Argentina on the Rules of Procedure to

the Preparatory Committee on the Establishment of an ICC",
UN Doc. A/AC.249/L.6, R.61 (13 August 1996)

"Report of the Informal Group on Procedural Questions, Fair Trial and
the Rights of the Accused: Part 4, Investigation and
Prosecution", UN Doc. A/AC.249/CRP.14 (27 August 1996)

"Non-Paper: Supervision Chamber", United Kingdom, Non-Paper/WG.4/
No.3 (5 August 1997)

"Report of the Inter-Sessional Meeting from 19 to 30 January 1998 in
Zutphen", The Netherlands, UN Doc. A/AC.249/1998/L.13 (4
February 1998)

"Working Group on Procedural Matters, Paper put forward by the
Delegations of Argentina, Australia, Austria, Canada, France,
Germany, Japan, Republic of Korea, Malawi, The Netherlands,
South Africa, Sweden, the United Kingdom and the United
States, proposing a framework for the fundamental stages of
the criminal process of the Court", UN Doc.
A/AC.249/WG.4/DP.36 (3 March 1998)

"Paper put forward by the Delegations of Argentina, Australia, Austria,
Canada, France, Germany, Japan, Korea, Malawi, the Netherla
nds, South Africa, Sweden, the United Kingdom, and the Uni
ted States, proposing a framework for the fundamental stages
of the criminal process of the Court to the Working Group o
n Procedural Matters", UN Doc. A/AC.249/1998/WG.4/DP.36
(27 March 1998)

UN Doc. A/CONF.183/C.1/L/76 and Add.1 to Add.14. (16 July 1998)

UN Diplomatic Conference of Plenipotentiaries

"Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an

ICC(15 June - 17 July 1998), Draft Statute for the ICC, Further options to Articles 58 to 61", UN Doc. A/CONF.183/2/Add.1 (14 April 1998)

VII. UN 문서

UN Doc. S/RES/808 (22 February 1993)

UN Doc. S/RES/827 (25 May 1993)

UN Doc. S/RES/955 (8 November 1994)

UN Doc. S/RES/1315 (14 August 2000)

UN Doc. A/RES/57/228 (18 December 2002)

UN Doc. S/RES/1757 (30 May 2007)

UN Doc. A/RES/47/33 (25 November 1992); "Report of the International Law Commission on the work of its forty-fourth session"

UN Doc. A/RES/48/31 (9 December 1993); "Report of the International Law Commission on the work of its forty-fifth session"

UN Doc. S/PV.4568 (10 July 2002)

【부록 1】 ICC 재판전공소사실확인절차에 관한 규정 연혁

1993년 ILC 초안	<p>Article 32. The indictment</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. The indictment together with the necessary supporting documentation shall be submitted by the Prosecutor to the Bureau of the Court. 2. The Bureau, acting as an Indictment Chamber, shall examine the indictment and determine whether or not a <i>prima facie</i> case exists. 3. If the Bureau concludes that a <i>prima facie</i> case exists, it shall affirm the indictment and convene a Chamber in accordance with article 37. 4. On affirming the indictment, the Bureau may, at the request of the Prosecutor, issue such orders and warrants for the arrest, detention or surrender of persons, and any other orders as may be required for the conduct of the trial.
1994년 ILC 초안	<p>Article 27. Commencement of prosecution</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. If upon investigation the Prosecutor concludes that there is a <i>prima facie</i> case, the Prosecutor shall file with the Registrar an indictment containing a concise statement of the allegations of fact and of the crime or crimes with which the suspect is charged. 2. The Presidency shall examine the indictment and any supporting material and determine: <ol style="list-style-type: none"> (a) Whether a <i>prima facie</i> case exists with respect to a crime within the jurisdiction of the Court; and (b) Whether, having regard, inter alia, to the matters referred to in article 35, the case should on the information available be heard by the Court. <p>If so, it shall confirm the indictment and establish a trial chamber in accordance with article 9.</p> 3. If, after any adjournment that may be necessary to allow additional material to be produced, the Presidency decides not to confirm the indictment, it shall so inform the complainant State or, in a case to which article 23, paragraph 1, applies, the Security Council. 4. The Presidency may at the request of the Prosecutor amend the indictment, in which case it shall make any necessary orders to ensure that the accused is notified of the amendment and has adequate time to prepare a defence. 5. The Presidency may make any further orders required for the conduct of the trial, including an order: <ol style="list-style-type: none"> (a) Determining the language or languages to be used during the trial; (b) Requiring the disclosure to the defence, within a sufficient time before the trial to enable the preparation of the defence, of documentary or other evidence available to the Prosecutor, whether or not the Prosecutor intends to rely on the evidence; (c) Providing for the exchange of information between the Prosecutor and the defence, so that both parties are sufficiently aware of the issues to be decided at the trial; (d) Providing for the protection of the accused, victims and witnesses and of confidential information.
	<p>Article 51[27]. Commencement of prosecution</p>

Zutphen
초안

98.1.19.
– 98.1.30.

1. If upon investigation [in the course of an investigation] the Prosecutor, having regard to the matters referred to in article 11[35], concludes that [the case is admissible, and] [a case does exist against one or more persons named,] [there is a *prima facie* case] [there is sufficient evidence that could justify a conviction of a suspect, if the evidence were not contradicted at trial,] [which the accused could be called on to answer and that is desirable in the interests of justice that the case should proceed], the Prosecutor shall file with **the Registrar** an indictment containing a concise statement of the allegations of fact and of the crime or crimes with which the suspect is charged in respect of each of the persons referred to, their name and particulars, a statement of the allegations of fact against them, and the characterization of these facts within the jurisdiction of the Court and shall be accompanied by [relevant] [sufficient] evidence collected by the Prosecutor for the purposes of confirmation [of the indictment] by the [Presidency] [Pre-Trial Chamber].
 - [2. The [Presidency] [Pre-Trial Chamber] shall examine the indictment, any amendment and any supporting material and determine whether:
 - (a) whether [a *prima facie* case exists] [there is sufficient evidence that could justify a conviction of a suspect, if the evidence were not contradicted at trial] [there is strong evidence against the accused] with respect to a crime within the jurisdiction of the Court; and
 - (b) whether, having regard, inter alia, to the matters referred to in article 11[35], the case should on the information available be heard by the Court [if the Court has not yet ruled on this issue];
 - (c) whether it is desirable in the interests of justice that the case should proceed;

If so, it shall [by majority/consensus] confirm the indictment and establish a trial chamber in accordance with article 33[9] [, and inform the Presidency].]
 - [2 bis. **Any State concerned may challenge the decision of the Prosecutor to file an indictment** before the Pre-Trial Chamber on grounds of inconsistency with this Statute.]
 - [2 ter. After the filing of an indictment, the Pre-Trial Chamber shall [in any case] [if the accused is in custody or has been judicially released by the Court pending trial] notify the indictment to the accused, [set a deadline prior to the confirmation hearing, until which the Prosecutor and the defence may add new evidence [for purposes of such confirmation hearing]], and **set a date for the review of the indictment**. The hearing shall be held **in the presence of the Prosecutor and the accused**, as well as his/her counsel, subject to the provisions of paragraph 4 bis. **In the hearing, the accused shall be allowed to object to the indictment and criticize the material on which it is based.**
- Following the hearing, the Pre-Trial Chamber may:
- (a) confirm the indictment in its entirety;
 - (b) confirm only part of the indictment [**and amend it**], by giving a different qualification to the facts;

	<p>[(c) order further investigation];</p> <p>(d) refuse to confirm the indictment.</p> <p>When it confirms the indictment in its entirety or in part, the Pre-Trial Chamber shall commit the accused to the Trial Chamber for trial on the indictment as confirmed. Confirmation of indictment shall uphold the warrants issued earlier, except if the Court decides otherwise.]</p> <p>3. If, after any adjournment that may be necessary to allow additional material to be produced, the [Presidency] [Pre-Trial Chamber] decides not to confirm the indictment, it shall so inform the complainant State [or, in a case to which article 10[23] (1) applies, the Security Council]. [If it does not confirm the indictment, all the warrants issued prior to the decision of non-confirmation shall cease immediately to have effect.]</p> <p>[3 bis. The dismissal of a count in an indictment shall not preclude the Prosecutor from subsequently bringing a new indictment based on the acts underlying that count if supported by additional evidence.]</p> <p>[4. Option 1</p> <p><u>The [Presidency] [Pre-Trial Chamber] may [, on its own or] at the request of the Prosecutor amend the indictment</u> [, in which case it shall make any necessary orders to ensure that the accused is notified of the amendment and has adequate time to prepare a defence] [after hearing the accused, provided that the Trial Chamber is satisfied that the accused is not prejudiced in his rights to defend himself].]</p> <p>Option 2</p> <p>Prior to the confirmation of the indictment by the Pre-Trial Chamber, <u>the Prosecutor may amend</u> or withdraw the indictment. [The accused shall be informed of the withdrawal as well as of any amendment. In the event of withdrawal, the Pre-Trial Chamber may, under the provisions provided for in article 47[26], ask the Prosecutor to reconsider his/her decision.]</p> <p>After the confirmation of the indictment, <u>the Prosecutor may amend the indictment only with the permission of the Pre-Trial Chamber, and after notice to the accused</u>. If the Prosecutor is seeking to add additional charges or to substitute more serious charges for those in the confirmed indictment, the new or amended charges must be confirmed by the Pre-Trial Chamber in accordance with the procedures for confirmation of the indictment set out in paragraph [...].</p> <p>After the commencement of the trial, the Prosecutor may withdraw the indictment or certain charges within the indictment only with the permission of the Trial Chamber].</p> <p>[In case of withdrawal of the indictment after the confirmation thereof, new prosecution may be instituted for the same offence only based upon a newly discovered material evidence which was not available to the Prosecutor at the time of the withdrawal in the interest of the defence.]</p> <p>[4 bis. When one or more of the accused has fled or cannot be found, and when all reasonable steps have been taken to inform the accused, the Pre-Trial Chamber may still hold a hearing in order to examine whether it shall confirm the indictment. In that case, <u>the accused cannot be represented by counsel</u>.</p>
--	--

	<p>When it confirms the indictment, in its entirety or in part, against an accused who has fled or cannot be found, the Pre-Trial Chamber shall issue a warrant to search for, arrest and transfer the accused, which is tantamount to committing him to the Trial Chamber for trial.]</p> <p>[4 <u>ter.</u> Anyone who has [personally] suffered [direct] injury caused by a crime submitted to the Court, [the legal representatives of victims, victims' relatives, successors and assigns,] may inform the [Prosecutor] [and the] [Pre-Trial Chamber] in writing of the acts having caused injury to him/her/them and the nature and amount of the losses which he/she/they has/have sustained.</p> <p>When it confirms the indictment, in its entirety or in part, the Pre-Trial Chamber may order provisional measures which may be necessary [in order to enable a Trial Chamber, upon a subsequent conviction,] to compensate the victim designated in the above paragraph. For that purpose, the Pre-Trial Chamber shall seek the cooperation of the interested States. Such provisions shall also apply when the accused has fled or cannot be found.]</p> <p>5. The [Presidency] [Pre-Trial Chamber] [Trial Chamber] may make any further orders required for the conduct of the trial, including an order:</p> <p>(a) determining the language or languages to be used during the trial;</p> <p>(b) <u>Option 1</u> requiring the disclosure to the defence [of the relevant evidence that the defence requests] within a sufficient time before the trial to enable the preparation of the defence, of [relevant] documentary or other evidence available to the Prosecutor [, whether or not the Prosecutor intends to rely on that evidence] [which the Prosecutor intends to rely upon]; [if the Prosecutor fails to comply with an order under this subparagraph, the evidence in question will be inadmissible at the trial;]</p> <p><u>Option 2</u> save in respect of documents or information referred to in article 47[26], paragraph 2 (f), and subject to subparagraph below, requiring the disclosure to the defence of documents or information which are either considered [material] [relevant] to the preparation of the defence, or are intended for use by the Prosecutor at trial or were obtained from the accused;</p> <p>(c) providing for the exchange of information between the Prosecutor and the defence, so that both parties are sufficiently aware of the issues to be decided at the trial;</p> <p>(d) providing [, at the request of either party or a State, or at the instance of the Court on its own volition,] for the protection of the accused, victims and witnesses and of confidential information;</p> <p>(e) providing [, at the request of either party or a State, or at the instance of the Court on its own volition,] for the protection and privacy of victims and witnesses;</p> <p>[(f) providing, at the request of either party or a State, or at the instance of the Court of its own volition, for the non-disclosure or protection of documents or information provided by a State the</p>
--	--

	disclosure of which would [endanger] [prejudice] the national security or national defence interests of a State in accordance with criteria to be specified in rules made pursuant to this Statute.]
제58조 내지 제61조 에 관한 추가 제안 98.3.16. -98.4.3.	<p>Article 61. Confirmation of the charges before trial</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Within a reasonable time after the person's surrender or voluntary appearance before the Court, <u>the Pre-Trial Chamber shall hold a hearing to confirm the charges on which the Prosecutor intends to seek trial.</u> The hearing shall be held <u>in the presence of the Prosecutor and the accused,</u> as well as his or her counsel [], unless: <ol style="list-style-type: none"> (a) The person has waived his right to be present; or (b) The person has fled or cannot be found and all reasonable steps have been made to inform the person of the proposed charges and that a hearing to confirm those charges will be held, in which case the person shall not be represented by counsel]. 2. A reasonable time before the hearing, the person shall be provided with a copy of the charges on which the Prosecutor intends to seek trial, and be informed of the evidence on which the Prosecutor intends to rely at the hearing. The Pre-Trial Chamber may make orders regarding the disclosure of information for purposes of the hearing as may be appropriate under the Statute and the Rules. 3. Before the hearing, <u>the Prosecutor</u> may continue the investigation and <u>may amend</u> or withdraw any proposed charges. The accused shall be given reasonable notice before the hearing of any amendment or withdrawal of proposed charges. 4. At the hearing, the Prosecutor shall have the burden of presenting, for each charge on which he seeks trial, sufficient evidence to establish substantial grounds to believe that the person committed the crime charged. <u>The Prosecutor may rely on documentary or summary evidence and need not call the witnesses expected to testify at the trial.</u> 5. At the hearing, <u>the accused person may object to the proposed charges, criticize the evidence</u> presented by the Prosecutor and present evidence on his or her own behalf. 6. The Pre-Trial Chamber shall determine <u>whether,</u> considering the presentations by both the Prosecutor and the accused, <u>there is sufficient evidence to establish substantial grounds to believe</u> that the person committed each of the crimes charged. Based on its determinations, the Pre-Trial Chamber may: <ol style="list-style-type: none"> (a) Confirm those proposed charges as to which it has determined there is sufficient evidence, and commit the person to a Trial Chamber for trial on the charges as confirmed; (b) Refuse to confirm those proposed charges as to which it has determined there is insufficient evidence; (c) to consider: <ol style="list-style-type: none"> (i) Adjourn the hearing and request the Prosecutor Providing further

	<p>evidence or conducting further investigation with respect to a particular charge; or</p> <p>(ii) Amending a proposed charge because the evidence submitted appears to establish a different crime within the jurisdiction of the Court.</p> <p>7. After the charges are confirmed and before the trial has begun, the Prosecutor may amend the charges, but only with the permission of the Pre-Trial Chamber and after notice to the accused. If the Prosecutor seeks to add additional charges or to substitute more serious charges, a hearing under this article to confirm those charges must be held. After commencement of the trial, the Prosecutor may withdraw the charges only with the permission of the Trial Chamber.</p> <p>8. A previously issued warrant shall cease to have effect with respect to any charges which have not been confirmed by the Pre-Trial Chamber or which have been withdrawn by the Prosecutor.</p>
<p>로마 회의 98.6.15. – 98.7.17.</p>	<p>Article 58. Commencement of prosecution</p> <p>1. If upon investigation [in the course of an investigation] the Prosecutor, having regard to the matters referred to in article 15, concludes that [the case is admissible, and] [a case does exist against one or more persons named,] [there is a <i>prima facie</i> case] [there is sufficient evidence that could justify a conviction of a suspect, if the evidence were not contradicted at trial,] [which the accused could be called on to answer and that is desirable in the interests of justice that the case should proceed], the Prosecutor shall file with the Registrar an indictment containing a concise statement of the allegations of fact and of the crime or crimes with which the suspect is charged in respect of each of the persons referred to, their name and particulars, a statement of the allegations of fact against them, and the characterization of these facts within the jurisdiction of the Court and shall be accompanied by [relevant] [sufficient] evidence collected by the Prosecutor for the purposes of confirmation [of the indictment] by the [Presidency] [Pre-Trial Chamber].</p> <p>[2. The [Presidency] [Pre-Trial Chamber] shall examine the indictment, any amendment and any supporting material and determine whether:</p> <p>(a) <u>[A <i>prima facie</i> case exists]</u> <u>[there is sufficient evidence that could justify a conviction of a suspect, if the evidence were not contradicted at trial]</u> <u>[there is strong evidence against the accused]</u> with respect to a crime within the jurisdiction of the Court; and</p> <p>(b) Having regard, inter alia, to the matters referred to in article 15, <u>the case should on the information available be heard by the Court</u> [if the Court has not yet ruled on this issue];</p> <p><u>[(c) It is desirable in the interests of justice that the case should proceed;]</u></p>

	<p>If so, it shall [by majority/consensus] confirm the indictment and establish a trial chamber in accordance with article 40 [, and inform the Presidency].]</p> <p>[3. <u>Any State concerned may challenge the decision of the Prosecutor to file an indictment</u> before the Pre-Trial Chamber on grounds of inconsistency with this Statute.]</p> <p>[4. After the filing of an indictment, the Pre-Trial Chamber shall [in any case] [if the accused is in custody or has been judicially released by the Court pending trial] notify the indictment to the accused, [set a deadline prior to the confirmation hearing, until which the Prosecutor and the defence may add new evidence [for purposes of such confirmation hearing]], and set a date for the review of the indictment. The hearing shall be held in the presence of the Prosecutor and the accused, as well as his/her counsel, subject to the provisions of paragraph 8. In the hearing, the accused shall be allowed to object to the indictment and criticize the material on which it is based.</p> <p>Following the hearing, the Pre-Trial Chamber may:</p> <ul style="list-style-type: none"> (a) Confirm the indictment in its entirety; (b) Confirm only part of the indictment [<u>and amend it</u>], by giving a different qualification to the facts; [(c) Order further investigation]; (d) Refuse to confirm the indictment. <p>When it confirms the indictment in its entirety or in part, the Pre-Trial Chamber shall commit the accused to the Trial Chamber for trial on the indictment as confirmed. Confirmation of the indictment shall uphold the warrants issued earlier, except if the Court decides otherwise.]</p> <p>5. If, after any adjournment that may be necessary to allow additional material to be produced, the [Presidency] [Pre-Trial Chamber] decides not to confirm the indictment, it shall so inform the complainant State [or, in a case to which article 10, paragraph 1, applies, the Security Council]. [If it does not confirm the indictment, all the warrants issued prior to the decision of non-confirmation shall cease immediately to have effect.]</p> <p>[6. The dismissal of a count in an indictment shall not preclude the Prosecutor from subsequently bringing a new indictment based on the acts underlying that count if supported by additional evidence.]</p> <p>[7. <u>Option 1</u></p> <p>The [Presidency] [Pre-Trial Chamber] may [, on its own or] at the request of the Prosecutor amend the indictment [, in which case it shall make any necessary orders to ensure that the accused is notified of the amendment and has adequate time to prepare a defence] [after hearing the accused, provided that the Trial Chamber is satisfied that the</p>
--	---

accused is not prejudiced in his rights to defend himself].]

Option 2

Prior to the confirmation of the indictment by the Pre-Trial Chamber, **the Prosecutor may amend** or withdraw the indictment. [The accused shall be informed of the withdrawal as well as of any amendment. In the event of withdrawal, the Pre-Trial Chamber may, under the provisions provided for in article 54, ask the Prosecutor to reconsider his/her decision.]

After the confirmation of the indictment, **the Prosecutor may amend** the indictment only with the permission of the Pre-Trial Chamber, and after notice to the accused. If the Prosecutor is seeking to add additional charges or to substitute more serious charges for those in the confirmed indictment, the new or amended charges must be confirmed by the Pre-Trial Chamber in accordance with the procedures for confirmation of the indictment set out in paragraph [...]. After the commencement of the trial, the Prosecutor may withdraw the indictment or certain charges within the indictment only with the permission of the Trial Chamber].

[In case of withdrawal of the indictment after the confirmation thereof, new prosecution may be instituted for the same offence only based upon a newly discovered material evidence which was not available to the Prosecutor at the time of the withdrawal in the interest of the defence.]

- [8. When one or more of the accused has fled or cannot be found, and when all reasonable steps have been taken to inform the accused, the Pre-Trial Chamber may still hold a hearing in order to examine whether it shall confirm the indictment. In that case, the accused cannot be represented by counsel.

When it confirms the indictment, in its entirety or in part, against an accused who has fled or cannot be found, the Pre-Trial Chamber shall issue a warrant to search for, arrest and transfer the accused, which is tantamount to committing him to the Trial Chamber for trial.]

- [9. Anyone who has [personally] suffered [direct] injury caused by a crime submitted to the Court, [the legal representatives of victims, victims' relatives, successors and assigns,] may inform the [Prosecutor] [and the] [Pre-Trial Chamber] in writing of the acts having caused injury to him/her/them and the nature and amount of the losses which he/she/they has/have sustained.

When it confirms the indictment, in its entirety or in part, the Pre-Trial Chamber may order provisional measures which may be necessary [in order to enable a Trial Chamber, upon a subsequent conviction,] to compensate the victim designated in the above

	<p>paragraph. For that purpose, the Pre-Trial Chamber shall seek the cooperation of the interested States. Such provisions shall also apply when the accused has fled or cannot be found.]</p> <p>10. The [Presidency] [Pre-Trial Chamber] [Trial Chamber] may make any further orders required for the conduct of the trial, including an order:</p> <p>(a) Determining the language or languages to be used during the trial;</p> <p>(b) <u>Option 1</u></p> <p>Requiring the disclosure to the defence [of the relevant evidence that the defence requests] within a sufficient time before the trial to enable the preparation of the defence, of [relevant] documentary or other evidence available to the Prosecutor [, whether or not the Prosecutor intends to rely on that evidence] [which the Prosecutor intends to rely upon]; [if the Prosecutor fails to comply with an order under this subparagraph, the evidence in question will be inadmissible at the trial;]</p> <p><u>Option 2</u></p> <p>Save in respect of documents or information referred to in article 54, paragraph 4 (g), and subject to subparagraph (/) below, requiring the disclosure to the defence of documents or information which are either considered [material] [relevant] to the preparation of the defence, or are intended for use by the Prosecutor at trial or were obtained from the accused;</p> <p>(c) Providing for the exchange of information between the Prosecutor and the defence, so that both parties are sufficiently aware of the issues to be decided at the trial;</p> <p>(d) Providing [, at the request of either party or a State, or at the instance of the Court on its own volition,] for the protection of the accused, victims and witnesses and of confidential information;</p> <p>(e) Providing [, at the request of either party or a State, or at the instance of the Court on its own volition,] for the protection and privacy of victims and witnesses;</p> <p>[(f) Providing, at the request of either party or a State, or at the instance of the Court of its own volition, for the non-disclosure or protection of documents or information provided by a State the disclosure of which would [endanger] [prejudice] the national security or national defence interests of a State in accordance with criteria to be specified in rules made pursuant to this Statute.]</p>
절차 문제에 관한 실무	<p>Article 61. Confirmation of the charges before trial</p> <p>1. Subject to the provisions of paragraph 1 bis within a reasonable time after the person's surrender or voluntary appearance before the Court, <u>the Pre-Trial Chamber shall hold a hearing to confirm the charges</u> on which the Prosecutor intends to seek trial. The hearing shall be held <u>in the presence of the Prosecutor and the accused</u>, as well as his or her</p>

<p>그룹</p> <p>98.6.15. - 98.7.17.</p>	<p>counsel.</p> <p>1 bis. When:</p> <p>(a) The person has waived his right to be present; or</p> <p>(b) The person has fled or cannot be found and all reasonable steps have been made to secure his or her appearance before the Court and to inform the person of the proposed charges and that a hearing to confirm those charges will be held,</p> <p>the Pre-Trial Chamber may, upon request of the Prosecutor or on its own motion, hold a hearing in the absence of the accused to confirm the charges on which the Prosecutor intends to seek trial. In that case, the person shall be represented by counsel where the Pre-Trial Chamber determines that it is in the interests of justice.</p> <p>2. A reasonable time before the hearing, the person shall be provided with a copy of the charges on which the Prosecutor intends to seek trial, and be informed of the evidence on which the Prosecutor intends to rely at the hearing. The Pre-Trial Chamber may make orders regarding the disclosure of information for purposes of the hearing as may be appropriate under the Statute and the Rules of Procedure and Evidence.</p> <p>3. Before the hearing, <u>the Prosecutor</u> may continue the investigation and <u>may amend</u> or withdraw any proposed charges. The accused shall be given reasonable notice before the hearing of any amendment or withdrawal of proposed charges. In case of a withdrawal of proposed charges, the Prosecutor shall notify the Pre-Trial Chamber of the reasons for the withdrawal.</p> <p>4. At the hearing, the Prosecutor shall have the burden of presenting, for each charge on which he seeks trial, sufficient evidence to establish substantial grounds to believe that the person committed the crime charged. <u>The Prosecutor may rely on documentary or summary evidence and need not call the witnesses expected to testify at the trial.</u></p> <p>5. At the hearing, <u>the accused person may object to the proposed charges, challenge the evidence presented by the Prosecutor and present evidence on his or her own behalf.</u></p> <p>6. The Pre-Trial Chamber shall determine <u>whether</u>, considering the presentations by both the Prosecutor and the accused, <u>there is sufficient evidence to establish substantial grounds to believe that the person committed each of the crimes charged.</u> Based on its determinations, the Pre-Trial Chamber may:</p> <p>(a) Confirm those proposed charges as to which it has determined there is sufficient evidence, and commit the person to a Trial Chamber for trial on the charges as confirmed;</p> <p>(b) Refuse to confirm those proposed charges as to which it has determined there is insufficient evidence;</p> <p>(c) Adjourn the hearing and <u>request the Prosecutor to consider:</u></p>
--	---

	<p>(i) Providing further evidence or conduct further investigation with respect to a particular charge; or</p> <p>(ii) Amending a proposed charge because the evidence submitted appears to establish a different crime within the jurisdiction of the Court.</p> <p>6 bis. The refusal of the Pre-Trial Chamber to confirm a proposed charge shall not preclude the Prosecutor from subsequently asking again for its confirmation, if it is supported by additional evidence.</p> <p>7. After the charges are confirmed and before the trial has begun, the Prosecutor may amend the charges, but only with the permission of the Pre-Trial Chamber and after notice to the accused. If the Prosecutor seeks to add additional charges or to substitute more serious charges, a hearing under this article to confirm those charges must be held. After commencement of the trial, the Prosecutor may withdraw the charges only with the permission of the Trial Chamber, in the case of a withdrawal of proposed charges, the Prosecutor shall notify the Pre-Trial Chamber of the reasons for the withdrawal.</p> <p>8. A previously issued warrant shall cease to have effect with respect to any charges which have not been confirmed by the Pre-Trial Chamber or which have been withdrawn by the Prosecutor.</p> <p>9. Once the charges have been confirmed in accordance with this article, the Presidency shall constitute a Trial Chamber which, subject to paragraph 7 of this article and to article 64, paragraph 4, shall be responsible for the conduct of subsequent proceedings and may exercise any functions of the Pre-Trial Chamber that are relevant and capable of application in those proceedings.</p>
<p>로마 규정 99.7.17. 채택</p>	<p>Article 61. Confirmation of the charges before trial</p> <p>1. Subject to the provisions of paragraph 2, within a reasonable time after the person's surrender or voluntary appearance before the Court, the Pre-Trial Chamber shall hold a hearing to confirm the charges on which the Prosecutor intends to seek trial. The hearing shall be held in the presence of the Prosecutor and the person charged, as well as his or her counsel.</p> <p>2. The Pre-Trial Chamber may, upon request of the Prosecutor or on its own motion, hold a hearing in the absence of the person charged to confirm the charges on which the Prosecutor intends to seek trial when the person has:</p> <p>(a) Waived his or her right to be present; or</p> <p>(b) Fled or cannot be found and all reasonable steps have been taken to secure his or her appearance before the Court and to inform the person of the charges and that a hearing to confirm those charges will be held.</p> <p>In that case, the person shall be represented by counsel where the</p>

	<p>Pre-Trial Chamber determines that it is in the interests of justice.</p> <p>3. Within a reasonable time before the hearing, the person shall:</p> <p>(a) Be provided with a copy of the document containing the charges on which the Prosecutor intends to bring the person to trial; and</p> <p>(b) Be informed of the evidence on which the Prosecutor intends to rely at the hearing.</p> <p>The Pre-Trial Chamber may issue orders regarding the disclosure of information for the purposes of the hearing.</p> <p>4. Before the hearing, the Prosecutor may continue the investigation and may amend or withdraw any charges. The person shall be given reasonable notice before the hearing of any amendment to or withdrawal of charges. In case of a withdrawal of charges, the Prosecutor shall notify the Pre-Trial Chamber of the reasons for the withdrawal.</p> <p>5. At the hearing, the Prosecutor shall support each charge with sufficient evidence to establish substantial grounds to believe that the person committed the crime charged. <u>The Prosecutor may rely on documentary or summary evidence and need not call the witnesses expected to testify at the trial.</u></p> <p>6. At the hearing, the person may:</p> <p>(a) Object to the charges;</p> <p>(b) Challenge the evidence presented by the Prosecutor; and</p> <p>(c) Present evidence.</p> <p>7. The Pre-Trial Chamber shall, on the basis of the hearing, determine <u>whether there is sufficient evidence to establish substantial grounds to believe that the person committed each of the crimes charged.</u> Based on its determination, the Pre-Trial Chamber shall:</p> <p>(a) Confirm those charges in relation to which it has determined that there is sufficient evidence, and commit the person to a Trial Chamber for trial on the charges as confirmed;</p> <p>(b) Decline to confirm those charges in relation to which it has determined that there is insufficient evidence;</p> <p>(c) Adjourn the hearing and <u>request the Prosecutor to consider:</u></p> <p>(i) Providing further evidence or conducting further investigation with respect to a particular charge; or</p> <p>(ii) <u>Amending a charge</u> because the evidence submitted appears to establish a different crime within the jurisdiction of the Court.</p> <p>8. Where the Pre-Trial Chamber declines to confirm a charge, the Prosecutor shall not be precluded from subsequently requesting its confirmation if the request is supported by additional evidence.</p> <p>9. After the charges are confirmed and before the trial has begun, <u>the Prosecutor may</u>, with the permission of the Pre-Trial Chamber and after notice to the accused, <u>amend the charges.</u> If the Prosecutor seeks to add additional charges or to substitute more serious charges, a hearing under</p>
--	---

	<p>this article to confirm those charges must be held. After commencement of the trial, the Prosecutor may, with the permission of the Trial Chamber, withdraw the charges.</p> <p>10. Any warrant previously issued shall cease to have effect with respect to any charges which have not been confirmed by the Pre-Trial Chamber or which have been withdrawn by the Prosecutor.</p> <p>11. Once the charges have been confirmed in accordance with this article, the Presidency shall constitute a Trial Chamber which, subject to paragraph 9 and to article 64, paragraph 4, shall be responsible for the conduct of subsequent proceedings and may exercise any function of the Pre-Trial Chamber that is relevant and capable of application in those proceedings.</p>
--	---

【부록 2】 ICC 재판전공소사실확인절차의 진행 경과³⁸³⁾

사태	사건명	최초 출석일	최초 DCC 제출일	최초 예정된 심리기일	실제 심리기일	결정일 (공소사실 확인 여부)	1심개시일	재판결과
Democratic Republic of the Congo	<i>Prosecutor v. Lubanga</i>	2006. 3. 20.	2006. 8. 28.	2006. 6. 27. → 2006. 9. 28. → 2006. 11. 9.	2006. 11. 9. ~ 2006. 11. 28.	2007. 1. 29. (전부확인)	2009. 1. 26.	2012. 3. 14. 유죄 2012. 7. 10. 징역 14년
	<i>Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo</i>	[Katanga] 2007. 10. 22. [Ngudjolo] 2008. 2. 11.	2008. 4. 21.	2008. 2. 28. → 2008. 5. 21. → 2008. 6. 27.	2008. 6. 27. ~ 2008. 7. 16.	2008. 9. 30. (일부확인)	2009. 11. 24.	[Katanga] 2014. 3. 7. 유죄 2014. 5. 23. 징역 12년 [Ngudjolo] 2012. 12. 18. 무죄
	<i>Prosecutor v. Mbarushimana</i>	2011. 1. 28.	2011. 7. 15.	2011. 7. 4. → 2011. 8. 17. → 2011. 9. 16.	2011. 9. 16. ~ 2011. 9. 21.	2011. 12. 16. (확인거절)		
	<i>Prosecutor v. Ntaganda</i>	2013. 3. 26.	2014. 1. 10.	-	2014. 2. 10. ~ 2014. 2. 14.	2014. 6. 9. (일부확인)	2015. 9. 2.	(심리 중)

	<i>Prosecutor v. Mudacumura</i>	-	-	-	-	-	-
<i>Central African Republic</i>	<i>Prosecutor v. Bemba</i>	2008. 7. 4.	2008. 10. 1.	-	2009. 1. 12. ~ 2009. 1. 15.	2009. 3. 3. (심리연기) 2009. 6. 15. (일부확인)	2010. 11. 22.
	<i>Prosecutor v. Bemba, Kilolo, Mangenda, Babala and Arido</i>	[Bemba, Kilolo, Babala] 2013. 11. 27. [Mangenda] 2013. 12. 5. [Arido] 2014. 3. 20.	2014. 6. 30.	-	서면심리 (RPE § 165③)	2014. 11. 11. (일부확인)	2015. 9. 29.
<i>Uganda</i>	<i>Prosecutor v. Ongwen</i>	2015. 1. 26.	2015. 12. 21.	-	2016. 1. 21. ~ 2016. 1. 27.	2016. 3. 23. (일부확인)	2016. 12. 6.

	<i>Prosecutor v. Kony and Otti</i>	-	-	-	-	-	-	-
<i>Darfur, Sudan</i>	<i>Prosecutor v. Abu Garda</i>	2009. 5. 18.	2009. 9. 10.	2009. 10. 12.	2009. 10. 19. ~ 2009. 10. 29.	2010. 2. 8. (확인거절)		
	<i>Prosecutor v. Banda and Jerbo</i>	2010. 6. 17.	2010. 10. 19.	2010. 11. 22.	2010. 12. 8.	2011. 3. 7. (전부확인)	[Banda] 기일 추후지정 [Jerbo] 종결 ³⁸⁴⁾	-
	<i>Prosecutor v. Harun and Ali</i>	-	-	-	-	-	-	-
	<i>Prosecutor v. Al-Bashir</i>	-	-	-	-	-	-	-
	<i>Prosecutor v.</i>	-	-	-	-	-	-	-

	<i>Hussein</i>						
<i>Republic of Kenya</i>	<i>Prosecutor v. Ruto, Kosgey and Sang</i>	2011. 4. 7.	2011. 8. 1.	-	2011. 9. 1. ~ 2011. 9. 8.	2012. 1. 23. (Ruto, Sang : 전부확인, Kosgey : 확인거절)	2013. 9. 10.
	<i>Prosecutor v. Muthaura, Kenyatta and Ali</i>	2011. 4. 8.	2011. 8. 19.	-	2011. 9. 21. ~ 2011. 10. 5.	2012. 1. 23. (Muthaura, Kenyatta : 일부확인, Ali : 확인거절)	[Muthaura] 2013. 3. 13. 종결 ³⁸⁶ [Kenyatta] 2015. 3. 13. 종결 ³⁸⁷
	<i>Prosecutor v. Barasa</i>	-	-	-	-	-	-
<i>Libya</i>	<i>Prosecutor v. Gaddafi</i>	-	-	-	-	-	-
<i>Republic of Côte d'Ivoire</i>	<i>Prosecutor v.</i>	-	-	-	-	-	-

	<i>Simone Gbagbo</i>							
	<i>Prosecutor v. Laurent Gbagbo</i>	2011. 12. 5.	2013. 1. 17.	-	2013. 2. 19. ~ 2013. 2. 28.	2013. 6. 3. (심리연기) 2014. 6. 12. (전부확인)	2016. 1. 28.	(심리 중)
	<i>Prosecutor v. Blé Goudé</i>	2014. 3. 27.	2014. 8. 22.	-	2014. 9. 29. ~ 2014. 10. 2.	2014. 12. 11. (전부확인)	2016. 1. 28.	(심리 중)
<i>Mali</i>	<i>Prosecutor v. Mahdi</i>	2015. 9. 30.	2015. 12. 17.	2016. 1. 18. → 2016. 3. 1.	2016. 3. 1.	2016. 3. 24. (전부확인)	2016. 8. 22.	2016. 9. 27. 유죄

383) <https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/cases/Pages/cases%20index.aspx> (2017. 6. 15. 최종 방문)

384) Banda는 재판소에 자발적으로 출석하여 불구속 상태로 재판진공소사실확인절차를 진행하였다. 그러나 이후 신병을 확보하지 못하여 1심재판부 IV는 2014. 9. 11. Banda에 대한 체포영장을 발부하고 1심 개시일을 2014. 11. 18.로 지정하였다가 Banda의 소재 파악시까지 기일 지정을 보류한 상태이다. 한편, 위 재판부는 2013. 10. 4. Jerbo의 사망을 이유로 Jerbo에 대한 재판절차를 종료하였다.

385) Ruto와 Sang은 1심재판부 V(a)에 입증불충분(no case to answer) 신청을 하여 1심재판부 V(a)는 검사 측 증거만으로 유죄를 인정하기 부족하다는 이유로 재판절차를 종료하였다.

386) 검사는 2013. 3. 11. 중요 증인의 사망 또는 증언 거부, 케냐 정부의 증거 수집에 있어 비협조적 태도, 핵심 증인의 뇌물 수수 등을 이유로 Muthaura에 대한 공소사실 철회를 통지하였고, 1심재판부 V는 2013. 3. 18. 재판절차를 종료하였다.

387) 검사는 2014. 12. 5. Kenyatta에 대한 공소사실 철회를 통지하였고, 1심재판부 V(b)는 2015. 3. 13. 재판절차를 종료하였다.

Abstract

The Confirmation of Charges Hearing at the International Criminal Court

Kang, Sung Young

International Law

The Graduate School of Law

Seoul National University

The International Criminal Court (ICC), governed by the Rome Statute, has now been working over the past fifteen years, but the ICC is still challenged by many difficulties affecting the ICC's effective fulfillment of its mandate. Trials in international criminal tribunals for international crimes are inherently slow compared to national proceedings for ordinary crimes. There are many reasons for this, including multiple crime sites and times, a high number of charges and large amounts of evidence per case. This is exacerbated by the complex procedure before international criminal tribunals which were created as the compromise of the inquisitorial and the adversarial procedural systems. These factors have led the trials before

international criminal tribunals to take much longer than expected. The same applies to the ICC. And these days, the confirmation of charges hearing at the ICC has frequently been criticized for creating undue delays to the whole process and impacting the ICC's efficient operation.

The confirmation of charges hearing is usually celebrated as one of the most important innovations introduced by the drafters of the Rome Statute in the field of international criminal justice. Article 61 of the Rome Statute provides that the Pre-Trial Chamber must confirm the charges brought by the Prosecutor against the person charged before going to trial. The main features of the confirmation of charges hearing are that the person charged may be present at a hearing, challenge the evidence presented by the Prosecutor, present evidence and call witnesses. Also the Prosecutor should establish substantial grounds to believe the arrested person has committed the alleged crimes, and this is much higher standard of proof than before. This adversarial aspect of confirmation procedure is unknown to other domestic or international criminal procedures, especially the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia(ICTY) and for Rwanda(ICTR). The confirmation of the indictment before ICTY and ICTR is *ex parte*, Prosecutor only, with no participation of the suspect.

This unique character of the confirmation procedure of the ICC came from the temporally and territorially wide jurisdiction of the Rome Statute and *proprio motu* powers of the Prosecutor. Therefore

the negotiators of the Rome Statute needed to further strengthen the power of the Pre-Trial chamber to check the Prosecutor and ensure neutrality and objectivity of prosecution. But the most significant role of the confirmation procedure lies in filtering out the case where the evidence is too weak to justify a trial, thus protecting the rights of the defence from wrongful prosecution. It also promotes judicial economy by distinguishing between cases that should go to trial from those that should not. At this stage, it is obvious that the Pre-Trial Chamber was not intended to act as an investigating judge or a fact-finder, but as an umpire or a gatekeeper that is restraint only to oversight an overly ambitious Prosecutor from overreaching with his powers and link between the investigation and trial of a case before the ICC, so that the whole proceedings of the ICC could be accelerated.

However, in practice, the confirmation procedure has fallen far short of achieving these goals. Rather, it has added significant time to the overall period of trials before the ICC. This problem stems from the fact that the Pre-Trial Chamber act on its own initiative and intervene at the investigation and prosecution. It is quite a contrast to the original intent of the negotiators of the Rome Statute. This activism of the Pre-Trial Chamber has caused much delay in the whole procedure. It is clear that changes to the confirmation process is needed now.

The present article seeks to analyse the procedural aspects of the

confirmation procedure in detail. And it argues with the overall approaches and practices endorsed by the Pre-Trial Chamber which carry substantial weight on the confirmation procedure. And it emphasizes that the ICC shall significantly scale back the proceedings in a way that realigns the confirmation procedure with the intent of the drafters. The Pre-Trial Chamber has the limited but vital purpose that filters out cases without merits. It is not desirable that this confirmation procedure creates a "mini-trial" or "a trial before trial". In order to avoid such duplication of procedure between the confirmation procedure and trial, the proceedings of confirmation should be of a summary character. It will ensure that decisions by the Pre-Trial Chamber is issued promptly after the initial appearance and, in the event charges are confirmed, that trial may begin in a timely manner. Simultaneously, it would significantly reduce trial duration to bolster confidence in the Rome Statute system of justice and satisfy the sense of justice for the victims.

Keywords : International Criminal Court, Confirmation of Charges Hearing, Article 61 of Rome Statute, Pre-Trial proceedings, Expediency and efficiency of the proceedings before the ICC

Student Number : 2012-23419